

Tilburg University

Tom als inspiratiebron

van Damme, Eric; Dekker, C.; Drijber, B.J.; Lugard, H.H.P.; van der Meulen, B.M.J.; Niels, G.; Wesseling, R.

Published in:
Markt en Mededinging

Publication date:
2016

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E., Dekker, C., Drijber, B. J., Lugard, H. H. P., van der Meulen, B. M. J., Niels, G., & Wesseling, R. (2016). Tom als inspiratiebron. *Markt en Mededinging, special issue*, 1-6.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

M

Markt & Mededinging

M

$\frac{M}{M}$ **Bundeling van verschenen bijdragen in *M&M* van Tom Ottervanger**
Overhandigd op 7 december 2016 ter gelegenheid van zijn afscheid als redactielid
van *M&M* (1998-2016) $\frac{M}{M}$

Inhoud

- 1 Tom als inspiratiebron (*Voormoord*)
- 7 Grensgeschillen (*Redactioneel*)
M&M 1998, afl. 2
- 9 Mededingingsbeleid: wie, wat, waar, hoe...? (*Redactioneel*)
M&M 1999, afl. 3/4
- 13 Procedurele 'faits divers' (*Redactioneel*)
M&M 2000, afl. 4
- 16 Kritiek op NMA verdient nuancering (*Opinie*)
M&M 2000, afl. 5
- 18 Overheid als spelbederver (*Redactioneel*)
M&M 2001, afl. 5
- 20 Verzelfstandiging (*Redactioneel*)
M&M 2002, afl. 2
- 22 Evaluatie van de Mededingingswet; een gemiste kans
(*Redactioneel*)
M&M 2002, afl. 7
- 27 Redactioneel (*Redactioneel*)
M&M 2003, afl. 5
- 29 Kortring als misbruik van machtspositie: Michelin II (*Artikel*)
M&M 2003, afl. 7/8
- 33 De Amici Code (*Redactioneel*)
M&M 2004, afl. 7
- 36 Europese Commissie/Tetra Laval (*Annotatie*)
M&M 2005, afl. 4/5
- 42 Staatssteun en de nationale rechter (*Redactioneel*)
M&M 2006, afl. 2
- 45 Varia: van predatory pricing tot plea bargaining
(*Redactioneel*)
M&M 2007, afl. 4
- 49 Staatssteunvaria (*Redactioneel*)
M&M 2008, afl. 4
- 52 Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?
(*Redactioneel*)
M&M 2009, afl. 5
- 56 Maatschappelijk verantwoord concurreren (*Artikel*)
M&M 2010, afl. 3
- 63 Bespiegelingen over mededinging toen en nu (*Redactioneel*)
M&M 2011, afl. 2
- 67 Private handhaving: collectief verhaal (*Signalering*)
M&M 2011, afl. 2
- 69 Bespiegelingen over mededinging toen en nu (2)
(*Redactioneel*)
M&M 2012, afl. 5
- 73 Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)
(*Redactioneel*)
M&M 2014, afl. 3
- 77 Innovatie (*Redactioneel*)
M&M 2016, afl. 1

Markt en Mededinging

M&M 2016/afl. Afscheid Tom Ottervanger

Formule

Markt & Mededinging is een tijdschrift voor de Nederlandse mededingingspraktijk en -wetenschap. Het tijdschrift combineert wetenschappelijke vraagstukken met de Nederlandse rechtspraktijk. De lezer blijft door annotaties van relevante Europese en Nederlandse rechtspraak en NMA-besluiten op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in het mededingingsrecht.

Redactie

Prof. dr. E.E.C. van Damme
Mr. C.T. Dekker
Mr. B.J. Drijber
Mr. H.H.P. Lugard
Prof. mr. B.M.J. van der Meulen
Dr. G. Niels
Prof. mr. T.R. Ottervanger
Mr. E.H. Pijnacker Hordijk
Prof. mr. R. Wesseling

Medewerkers

Mr. B.J.H. Braeken, Mr. M. Chatelin, Mw. mr. L. van Duuren, Mr. R. Elkerbout L.L.M., Mr. M.J.J.M. Essers, Mr. P.P.J. van Ginneken, Mr. D.J.M. de Grave, Mr. M.A. de Jong, Mr. drs. W. Knibbeler, Mr. L.E.J. Korsten, Mr. P.J. Kreijger, Mr. R. Meijer, Mr. W.B.J. van Overbeek, Mw. mr. L.Y.J.M. Parret, Mr. C.E. Schillemans, Mr. drs. J.F. Schutte, Mr. drs. M.M. Slotboom, Mr. dr. J.J.M. Sluijs, Mr. Y. de Vries, Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers

Columnisten

Prof. mr. A. Gerbrandy
Mr. P. Glazener
Mr. T.M. Snoep
Prof. dr. S.J.G. van Wijnbergen

Redactiesecretariaat

Kopij kan per e-mail worden gezonden aan mw. K. de Pré, tel. 06-17992940, e-mail info@deprefix.nl. Auteursrichtlijnen zijn bij de redactiesecretaris verkrijgbaar.

Aanwijzing voor auteurs

Een auteur die een bijdrage voor dit tijdschrift aanlevert, geeft de uitgever tevens een niet-exclusief recht de bijdrage geheel of gedeeltelijk op te nemen in de door Boom juridisch (al dan niet in samenwerking met derden) geëxploiteerde database(s).

Uitgever

Boom juridisch, Kanonstraat 4-IV, Postbus 85576, 2508 CG Den Haag, tel. 070-330 70 33, e-mail info@boomjuridisch.nl, website www.boomjuridisch.nl

Open Access beleid

Zes maanden na verschijning van het artikel staat het de auteur vrij om de definitieve pdf van zijn wetenschappelijke publicatie op het internet toegankelijk te maken. Voor meer informatie zie www.boomjuridisch.nl/open_access. Boom juridisch gaat ervan uit dat de auteur akkoord is met de daar te vinden licentievoorwaarden.

Abonnementen

Markt en Mededinging verschijnt zes keer per jaar. De abonnementsprijs bedraagt €338 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens toegang tot het online archief en een e-mailattending. Kijk op www.bjutijdschriften.nl voor meer informatie en onze algemene voorwaarden.

Voor een abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl. Het plusabonnement kunt u tevens afsluiten via www.bjutijdschriften.nl/abonnements.

Advertenties

Voor het plaatsen van een advertentie in dit tijdschrift kunt u contact opnemen met Capital Media Services BV, tel. 024-3607710, e-mail mail@capitalmediaservices.nl. ISSN 1387-6236


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Voorwoord

Tom als inspiratiebron

Op 21 september 2016 ontving de redactie de melding van Tom dat hij per eind van 2016 de redactie wilde verlaten. Tom schreef:

‘Een bijzondere reden is er niet – ik zal de komende periode nog aan zowel het Europa Instituut als A&O en Hof Den Haag verbonden blijven – maar er is een tijd van komen en gaan. En, laten we wel wezen, mijn eerste redactioneel verscheen in het tweede nummer van *M&M*, in een vorige eeuw, dat praktisch samenviel met de start-up van de Nma. Ik signaleerde toen trouwens, maar dit even terzijde, dat een beleid dat over de hele linie de vrije markt als hoogste goed beschouwt, onomkeerbare schade aan de samenleving zal aanrichten. Inspiratie putte ik uit een verblijf in de VS een jaar eerder waar de eerste gevolgen op het gebied van onderwijs, gezondheidszorg, “tweedeling”, van het neo-liberale gedachtegoed zich begonnen af te tekenen terwijl bij ons “paars”enfin, de rest is geschiedenis.’

Tom is al sinds de oprichting van *M&M* lid van redactie. Tussen komen en gaan is veel gebeurd. Dit *special issue* van *M&M* documenteert, aan de hand van de 21 bijdragen van Tom aan *M&M*, wat er gebeurde. Die bijdragen worden voorafgegaan door dit voorwoord waarin de overgebleven redacteuren reflecteren op hoe ze Tom in die periode beleefd hebben en hoe ze hem herinneren.

De vlag en de lading; de overheid aan het stuur van de markt

Als de bijdragen van Tom – tot nu toe – iets gemeen hebben, is het dat zij ieder individueel illustreren dat de naam van ons tijdschrift, hoe pakkend ook, de lading ervan niet dekt. Ja, het gaat over de markt en over mededin-

ging, maar het gaat ook – en in de bijdragen van Tom; vooral – om de verhouding die de staat heeft tot de markt en, in het verlengde daarvan, de mededinging. Recht gaat natuurlijk altijd over ordening; tussen mensen, tussen mensen en bedrijven en tussen bedrijven en de staat bijvoorbeeld. In de benadering van Tom gaat het mededingingsrecht over meer dan dat. Mededingingsrecht is een basis voor het vormen van een fundamenteel raamwerk waarbinnen deze belangen en interacties zowel op nationaal als supranationaal niveau een economische constitutionele vorm krijgt.

Het onderwerp van Toms eerste bijdrage voor *M&M* was: ‘grensgeschillen’. Waar liggen de grenzen van de formele en materiële reikwijdte van het mededingingsrecht, is de vraag die daarin centraal staat. Tom merkt in zijn redactioneel uit 1998 op dat die reikwijdte in meerdere opzichten begrensd is. Uit zijn bijdragen in de achttien jaar daarna blijkt dat zijn denken over marktordening zich van die grenzen aan de relevantie van het mededingingsrecht niks aantrekt. Of het nou gaat om markt en overheid, staatssteun, economische sectorregulering, civielrechtelijke handhaving of institutionele en procedurele aspecten, steeds stelt Tom in feite de vraag aan de orde wat de rol van de overheid is bij het vormgeven van de markt en de mededinging daarop. Het is dat constante denken vanuit het bredere ‘economisch-constitutionele’ kader dat eenheid in zijn diverse bijdragen lijkt te brengen.

Richtingaanwijzer voor de toekomst

Toen Tom op 19 maart 2010 zijn oratie uitsprak over ‘maatschappelijk verantwoord concurreren’, was de ‘Kip van Morgen’ nog toekomstmuziek. In zijn oratie componeert hij melodie en refrein van die toekomstmuziek. Hij opent met de klaroenstoot: ‘Een overgangsfase naar een

nieuw tijdperk.¹ De kernvraag is: 'Is er een plaats in het mededingingsrecht voor "maatschappelijk verantwoord concurreren", dat wil zeggen voor maatschappelijk relevante, sectorbrede initiatieven van het bedrijfsleven?' Via voorbeelden en retorische vragen maakt hij ons ontvankelijk voor een mogelijk bevestigende beantwoording. '[W]aar overheden tekortschieten om oplossingen te vinden voor urgente vraagstukken en bedrijven sectorbreed de handen ineenslaan, is het dan aanvaardbaar dat het mededingingsrecht dit *a priori* blokkeert?' 'Ongecontroleerde concurrentie, hoe efficiënt ook, is schadelijk. Door meedogenloze marktwerking raken grondstoffen uitgeput, wordt de lucht vervuild en worden de mensenrechten geschonden.' '[W]aarom zou een meer duurzaam productieproces, of één dat de mensenrechten respecteert, niet als verbetering of vooruitgang mogen worden beschouwd?' 'De keuze voor "efficiëntie" en "consumentenwelvaart" als enige grond voor een uitzondering op samenwerking tussen concurrenten is een politieke.' '[E]vident is dat het mededingingsbeleid rekening moet houden met al die andere doelstellingen.' 'Soms zullen die belangen zwaarder wegen dan de beperking van de mededinging.' 'Het vinden van een balans is de kern van het recht. Het mededingingsrecht vormt hierop geen uitzondering.' Tom acht de toezichthouder verantwoordelijk om deze balans te vinden en vormen van vooruitgang te benoemen die een beperking van mededinging rechtvaardigen. De toezichthouder trekt zich echter terug achter de *'willingness to pay'* van de consument. Klaarblijkelijk is hij het nieuwe tijdperk van Tom nog niet binnengegaan.

2

Innovatie: toen, nu en in de toekomst

Een onderzoekende geest en een brede belangstelling dragen bij aan een goed begrip van juridische vraagstukken. Dat geldt bij uitstek voor beoefenaars van het mededingingsrecht, dat als geen ander rechtsgebied gebaseerd is op de toepassing van een beperkt aantal concepten en principes op een breed scala van steeds complexer wordende economische constellaties. Het is de redactie van dit tijdschrift en de lezers van *Markt & Mededinging* bepaald niet ontgaan dat Tom zich thuis voelt in het mededingingsrechtelijke universum. Zijn belangstelling en kennis strekken zich uit van het concentratietoezicht tot het misbruik maken van machtspositie en van civiele handhaving, de rol van mededingingsautoriteiten, intellectueel eigendom tot staatssteun. Maar in het geval van Tom komt daar nog een bijzonder aspect bij: zijn belangstelling voor de temporele dimensie van de toepassing van het mededingingsrecht. Juist de belangstelling voor de historische wortels van het mededingingsrecht levert soms verrassende inzichten op. Wie Toms interesse deelt in de historische wortels van het mededingingsrecht, zou nog eens zijn drie bijdragen over het 'mededingingsrecht

toen en nu' moeten raadplegen, alsmede het sluitstuk van die drie redactionele bespiegelingen, namelijk zijn redactioneel in het eerste nummer van *Markt & Mededinging* van 2016.

In dat laatste stuk plaatst Tom het begrip innovatie in historisch perspectief. Met zichtbaar plezier plaatst hij opmerkingen bij de Amerikaanse revolutie, nog voor de Sherman Act aangenomen werd en belandt via de gloeilamp, het arrest *Consten/Grundig*, de videorecorder, Booking.com, het arrest *Huawei/ZTE*, Uber en het onderzoek van de Europese Commissie bij de handelspraktijken van Google in het heden. Hij besluit zijn redactioneel met de verwachting dat '[d]e mededingingspraktijk als de voortekenen niet bedriegen een ander karakter [zal] krijgen'.

Het is heden ten dage onomstreden dat innovatie van eminent belang is voor concurrentie en economische groei. Niettemin zijn de vruchten van innovatie – en het begrip als zodanig – lastig 'inpasbaar' in het van oorsprong overwegende statische analytische kader van het mededingingsrecht. Daarbij komt dat er zich een gevaarlijke en onwenselijke trend aftekent, waarbij de mogelijke beperking van innovatieve activiteiten een zelfstandige en prominente reden vormt voor mededingingsautoriteiten om kritisch op te treden. Uiteraard bestaat daar als zodanig geen bezwaar tegen, ware het niet dat die bezwaren vaak goeddeels ongefundeerd lijken, of in ieder geval een duidelijk analytisch kader ontberen. Zo stelde de Commissie in de *Intel*-beschikking zonder veel omhaal vast dat het kortingssysteem van Intel ook een nefaste uitwerking op de innovatieprikkels van AMD had. De recente conclusie van A-G Wahl maakt gehakt van de Commissiebeschikking, maar roert de opmerkingen van de Commissie over innovatie helaas niet aan (omdat de beroepsgronden daar geen betrekking op hadden). Een tweede voorbeeld is de obsessie van de Commissie met innovatie in zaken als *Dresser/Rand* en *Halliburton/Baker Hughes*, waar informatieverzoeken over dat onderwerp de beoordeling van meer voor de hand liggende mededingingsvraagstukken overvleugelt. Het meest recent voorbeeld is *Dom Chemical/DuPont*, waar algemene zorgen over toekomstige innovatie in gewasbescherming centraal lijken te staan. Die zaak doet vragen rijzen omtrent de grenzen van het beoordelingskader onder de concentratieverordening. En een derde voorbeeld is de recente vraag van Ezrachi op welke wijze het collusieverbod van artikel 101 VWEU toegepast dient te worden op afstemming door middel van intelligente algoritmes van Google en andere (platform)bedrijven waar geen mens meer (direct) aan te pas komt. Kortom, het is bepaald niet uit te sluiten dat de voorspelling van Tom bewaarheid zal worden.

Periodieke prikkelende parels

Wat wij in het bijzonder zullen missen, zijn Toms periodieke redactionelen. Stuk voor stuk zijn het kleine parel-

1 T.R. Ottervanger, 'Maatschappelijk verantwoord concurreren. Mededingingsrecht in een veranderende wereld', *M&M* 2010, nr. 3, p. 93-99, i.h.b. p. 93 i.k. (in deze bundel p. 56).

tjes waarin hij marktordeningsvraagstukken in een breder perspectief plaatst. Vaak ook een historisch perspectief, zoals zijn bespiegelingen over de werking van de middeleeuwse gilden, of een rechtsvergelijkend perspectief, zoals zijn beschouwingen over de Amerikaanse anti-trustpraktijk. Liefst een combinatie van beide, zoals zijn uitweidingen over de ontwikkeling van het Amerikaanse mededingingsrecht. Als je jaren later zijn stukken herleest, dan hebben ze nog niets aan relevantie ingeboet. Ze zijn nog even verfrissend en prikkelend. Dat is heel knap!

De overheid als speler of spelbederver²

De vraag in hoeverre maatschappelijke belangen een rol kunnen spelen in het mededingingsrecht is in de achttien jaar dat Tom als redacteur aan *M&M* verbonden was, regelmatig aan de orde gesteld, ook door Tom zelf in zijn artikel 'Maatschappelijk verantwoord concurreren'.³ Vaak gebeurt dat in verband met de vraag of niet-economische belangen in het kader van de beoordeling onder artikel 101 lid 1 VWEU of artikel 6 lid 3 Mw een rol kunnen spelen. Bij het optreden op of ingrijpen in de markt door de overheid zelf is het maatschappelijk belang – of het algemeen belang – een inherent vraagstuk. Dat is zowel het geval wanneer de overheid zelf economische activiteiten verricht als wanneer de overheid door middel van het verlenen van staatssteun bepaalde activiteiten tracht te bevorderen of in stand te laten. Het is evident dat niet-economische belangen in de algemeenbelanguitzondering van artikel 25h lid 5 Mw (in hoofdstuk 4B van de Mw: de Wet Markt en Overheid, hierna: Wet M&O) en in de afweging van artikel 107 lid 3 VWEU inzake de verenigbaarheid van steunmaatregelen bij uitstek een rol spelen. Deze discrepantie tussen enerzijds het klassieke mededingingsrecht en anderzijds het staatssteunrecht en de Wet M&O, is te verklaren vanuit de oorspronkelijke (maar door Tom als achterhaald beschouwde⁴) gedachte dat het maatschappelijk belang beschermd dient te worden door de overheid en niet door ondernemingen. Niettemin zal ook de overheid in haar rol als hoeder van 'het maatschappelijk belang' niet-economische belangen en economische belangen moeten afwegen. Ook economische belangen, zoals die bijvoorbeeld expliciet worden benoemd in de algemene goedkeuringsgrond van artikel 107 lid 3 onder c VWEU, zijn een maatschappelijk belang. Een regime van onvervalste mededinging is dat ook. Spelbederf in de vorm van concurrentievervalsing kan worden geaccepteerd als niet-economische belangen zwaarder wegen. De afweging zou ook plaats *kunnen* vinden in het kader van de Wet M&O, wanneer een economische activiteit wordt aangewezen als activiteit in het algemeen belang door minister, provinciale staten, gemeenteraad of algemeen

bestuur van een waterschap (artikel 25h lid 6 Mw). 'Zou kunnen' omdat in ieder geval bij decentrale overheden de algemeenbelangaanwijzing vaak niet op grond van een (onderbouwde) afweging plaatsvindt.

De interessante vraag hier is of de overheid ook economische activiteiten mag verrichten, zonder dat daaraan een algemeen belang ten grondslag ligt. Nee, zei de Werkgroep Cohen, die in 1997 haar 'Eindrapport Markt en Overheid' publiceerde. Dat rapport was reeds onderwerp van gesprek in Toms eerste redactioneel (in *M&M* nr. 2 van de eerste jaargang). Daarin schreef hij:

'De grenzen aan de mogelijkheden van het mededingingsrecht spelen [...] een belangrijke rol in de problematiek van organisaties die zowel publieke taken als commerciële marktactiviteiten verrichten. Is hier, zoals de Werkgroep Cohen voorstelt, een rigoureuze, structurele maatregel nodig, of biedt de Mw aangevuld met gedragsregels voldoende soelaas?'

Met die laatste suggestie (Mededingingswet aangevuld met gedragsregels) had Tom een vooruitziende blik. Het duurde echter even voordat dit inzicht bij de wetgever doorbrak. Het Eindrapport stelde voor commerciële nevenactiviteiten van overheden te verbieden, ook als deze door dochtermaatschappijen zouden worden uitgevoerd. Tom wees er toentertijd reeds op dat een verbod voor overheden op het verrichten van economische activiteiten, niet zou verhinderen dat buitenlandse (semi-)overheidsbedrijven wel marktactiviteiten zouden kunnen blijven ontplooiën in Nederland en dat dat, gezien het recht van vestiging en vrij verkeer van diensten, waarschijnlijk niet tegen te houden zou zijn.

In zijn redactioneel in *M&M* 2001, nr. 5 kon Tom melden dat het rapport van de Werkgroep Cohen van tafel was en dat er een (eerste) ontwerp voor een Wet Markt en Overheid ter advisering bij de Raad van State voorlag. Het advies was negatief en wel eentje van de zwaarste soort. De kritiek betrof onder meer de eisen die werden gesteld aan het toetreden van overheden tot de markt. Tom herhaalde zijn waarneming die hij ook reeds bij het rapport van de Werkgroep Cohen maakte. Het wetsvoorstel werd in 2004 ingetrokken en later in afgeslankte vorm opnieuw ingediend om pas in 2011 te worden aangenomen. Er gelden alleen gedragsregels en er zijn veel uitzonderingen op de werkingssfeer, waaronder de 'algemeen belang toets'.

Waar staan wij nu, achttien jaar na Toms eerste redactioneel waarin hij wees op de gevaren van het inperken van het verrichten van economische activiteiten door de overheid? In het kader van de evaluatie van de Wet M&O dienden de Kamerleden Ziengs en Verhoeven een initiatiefnota in, waarin een verbodsstelsel met een tenzij-bepaling wordt voorgesteld: overheden zouden pas economische activiteiten mogen verrichten nadat is aangetoond dat deze noodzakelijk en proportioneel zijn. In de initiatiefnota wordt voorgesteld dat overheden hierbij

2 Zie ook: Toms redactioneel 'Overheid als spelbederver', *M&M* 2001, nr. 5, p. 167-168 (in deze bundel p. 18-19).

3 *M&M* 2010, nr. 3, p. 93 (in deze bundel p. 56).

4 Zie zijn reeds aangehaalde artikel 'Maatschappelijk verantwoord concurreren'.

eerst dienen te onderzoeken of de markt zelf tot een vergelijkbaar aanbod kan komen, waarbij ook moet worden gekeken of dit via een aanbesteding of een subsidie kan. Tevens zou moeten worden onderzocht of de baten van het in overheidshanden verrichten van een economische activiteit in verhouding staan tot de marktverstoring die wordt veroorzaakt door het overheidsoptreden. Kortom, de lat hoog leggen en de overheden met een motiveeringsplicht opzadelen. Daarnaast zou het invoeren van de algemeenbelanguitzondering niet meer mogelijk zijn.⁵

De initiatiefnemers hebben kennelijk Toms eerste redactioneel niet gelezen! Dat commentaar blijft ook achttien jaar na dato zijn waarde behouden. Het kabinet wil ook niet zo ver gaan als de initiatiefnemers.

Zo zal er altijd een zekere slingerbeweging zijn in de spanning tussen 'pure concurrentie' en (andere) maatschappelijke belangen, zeker in tijden waarin de transitie naar duurzaamheid topprioriteit is.

Recht en economie: onverschilligheid of samenwerking?

'Een wettelijke regeling als de Mededingingswet (Mw) is niet toe te passen zonder een beleidsvisie die inhoud geeft aan de in die wet neergelegde vormen'

Aldus luidt de openingszin uit Toms redactioneel in *M&M* 3/4 uit 1999. Wie Toms bijdragen aan *M&M* herleest, doet dat zeker met plezier en stelt vast dat dit thema regelmatig terugkeert. Het mededingingsrecht is onderdeel van het bredere mededingingsbeleid en dit beleid moet gebaseerd zijn op een 'politieke visie op de wenselijke mate van marktwerking en marktordening'. Het recht moet in zijn maatschappelijke context gezien worden, een brede visie is gewenst. Omdat de politieke visie in de loop der tijd heen en weer slingert, kan de geschiedenis ons belangrijke lessen leren. Tom stelt vast dat, op het door *M&M* bestreken terrein, economische theorieën in de loop van de tijd een steeds belangrijker rol zijn gaan spelen.

Ten tijde van de Verlichting hadden liberale denkers als Hume, Mill en Smith grote verwachtingen van 'vrije' marktwerking. Deze zou niet alleen welvaart en groei brengen, maar ook leiden tot een verbetering van ons karakter en tot vrede. In het EU-Verdrag vinden we hetzelfde idee terug: de interne markt als middel tot vrede en welzijn. De negentiende eeuw liet zien dat het beeld niet zo rooskleurig was, maar gedurende de twintigste eeuw maakte een naïef liberalisme een comeback. In 1998 schreef Tom: 'Marktwerking mag immers geen doel op zich zijn. Een beleid waarbij slechts de "vrije markt" als

hoogste goed wordt beschouwd, zal onomkeerbare schade aan de samenleving aanrichten', zie ook het citaat uit de afscheidsmail van Tom aan het begin van dit voorwoord.

In een coalitieland als Nederland slaat de slinger minder ver uit. In de memorie van toelichting van de Wet economische mededinging (1953) staat te lezen:

'De grondgedachte van de wet van 1935 wordt door de Regering ook thans nog als juist aanvaard. Deze grondgedachte is immers, dat zowel een teveel aan gebondenheid van het economisch leven als een te grote vrijheid schadelijk zijn voor de welvaart. Het is daarom noodzakelijk, dat de Overheid de bevoegdheid heeft de samenwerking van ondernemingen te steunen, waar deze gunstig werkt, en dat zij die samenwerking kan doorbreken, wanneer deze het algemeen belang schaadt.'

Destijds werd voor een misbruikstelsel gekozen, waarvan in de jaren negentig van de vorige eeuw geconcludeerd werd dat het weinig doeltreffend was, ook omdat het 'algemeen belang' zo moeilijk te operationaliseren bleek. Natuurlijk was er ook het belang van aansluiting bij het Europese systeem, maar het belangrijkste was toch wel dat de samenleving gemoderniseerd en gedynamiseerd moet worden:

'Recent gezaghebbend economisch onderzoek van onder andere Porter geeft aan dat de sleutel voor internationaal succes met name ligt in een sterk concurrerende thuismarkt en dat de economische toekomst van Nederland de komende vijftientig jaar afhangt van het succes waarmee een cultuuromslag in die zin de komende jaren gemaakt kan worden.' (MvT, Mw., 1995)

Wat in de twintigste eeuw niet veranderde, is de relatief geringe belangstelling van Nederlandse economen voor het mededingingsbeleid in brede zin. In 1990 schreef P.J. Uitermark een lijvig proefschrift over de interessante vraag 'Welke betekenis komt aan de economische theorievorming toe bij het voeren van mededingingspolitiek?', maar een duidelijk antwoord wordt in zijn *Dogmengeschiede* niet gegeven.⁶ Hij stelt wel vast dat in de meeste economische modellen de Schumpeteriaanse ondernemer ontbreekt en: 'Het economisch denken bevat voldoende kenmerken om verwonderd te zijn over het in ons land ontbreken van een economische inbreng in deze aangelegenheden'. Ook bij de invoering van de Mededingingswet beperkten economen zich hoofdzakelijk tot de macro-economische aspecten: concurrentie is goed voor groei en dus voor welvaart. De micro-economische vraag hoe die concurrentie gestuurd en in leven gehouden

5 Zie hierover: Brief van de minister van EZ, *Kamerstukken I* 2015/16, 34487, A.

6 P.J. Uitermark, *Economische mededinging en algemeen belang* (diss. Rotterdam). Handelseditie verschenen bij Wolters-Noordhoff. Als ambtenaar bij EZ had Uitermark ervaren hoe moeilijk het was om afspraken aan het algemeen belang te toetsen en hoe mede daarom de belangstelling van economen voor mededingingsvraagstukken verdween.

moest worden, kreeg minder aandacht. Nu zijn er op de Nederlandse universiteiten meer micro-economen dan macro-economen, maar verliest mededingingseconomie de concurrentie van de gedragseconomie.

Ook voor de Sherman Act hadden economen in eerste instantie weinig belangstelling. Dat veranderde pas nadat economen en juristen intensiever met elkaar waren gaan samenwerken, wat voor het eerst in Chicago in de jaren vijftig van de vorige eeuw gebeurde. George Stigler schreef: 'When Aaron Director and Edward Levi launched the *Journal of Law and Economics* in 1958 (...) the traditional attitude of each discipline toward the other had been one of indifference. Only gradually has that attitude been replaced by a mixture of cooperation and hostility'.⁷ Die mix zien we nu nog steeds. Director, een econoom, en Levi, een jurist, waren vrienden. Ze doceerden samen een cursus Antitrust. Eerst behandelde Levi de juridische aspecten en de politieke beoordeling, vervolgens liet Director aan de hand van een economisch model zien dat wat Levi betoogd had allemaal onzin was. Hun vriendschap heeft daar niet onder geleden. Het zijn dergelijke confrontaties die de blik verbreden en de wereld vooruit helpen.

De Director-Levi-methode kan aan de hand van een eenvoudig voorbeeld geïllustreerd worden. Het voorbeeld heeft betrekking op het maatschappelijk verantwoord concurreren, een terrein waarop Tom uiterst belangrijke bijdragen geleverd heeft. De Beleidsregel van 30 september 2016 over de toepassing van artikel 6.3 Mw op duurzaamheidsafspraken stelt in artikel 2c:

'bij de voorwaarde dat de afspraken geen beperkingen opleggen die voor het realiseren van de duurzaamheidsdoelstellingen niet onmisbaar zijn, wordt in voorkomend geval rekening gehouden met het gegeven dat wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzaamheid, de onderneming wegens stijgende productiekosten marktaandeel kan verliezen en de winst kan zien dalen, wat de onderneming de prikkel kan ontnemen om duurzaamheidsinitiatieven te nemen.'

Hier wordt het zogenaamde *first mover disadvantage* als een *gegeven* gepresenteerd, niet als een (theoretische) *mogelijkheid*. Maar is dat een gegeven? Een recent economisch experiment laat zien van niet.⁸ Beschouw een productmarkt waarin meerdere bedrijven actief zijn. Zij produceren hetzelfde product, waarvoor een consument bereid is maximaal € 60 te betalen. Elk bedrijf heeft de keuze tussen twee productiemethodes, een schone, *S*, en een vervuilende, *V*. Wanneer *S* gebruikt wordt zijn de productiekosten per eenheid hoger: € 20 tegenover € 10 bij *V*. Elke eenheid die met de vervuilende technologie *V* geproduceerd wordt levert een derde partij (buiten de

relevante markt) een schade van € 60 op; bij gebruik van de schone methode *S* zijn er geen externe effecten. Het algemeen belang dicteert *S* (welvaart € 40 i.p.v. – € 10), maar binnen de markt is *V* beter (marktsurplus € 50 i.p.v. € 40). Welke technologie zullen de producenten gebruiken? Om deze vraag te beantwoorden hebben de onderzoekers een experiment uitgevoerd, met (Duitse) studenten als producten en consumenten. Een *V*-producent heeft een kostenvoordeel ten opzichte van een *S*-producent en kan deze van de markt verdringen. Als consumenten zelfzuchtig zijn, zich als *homo economicus* gedragen, zal dit inderdaad gebeuren. Maar consumenten zijn niet louter zelfzuchtig, althans niet in dit experiment. Daarin zien we dat dat schone producten voor een € 5 duurdere prijs verkocht worden (de producenten en sociaal voelende consumenten delen de extra kosten) en dat elk van de technologieën ongeveer 50% marktaandeel heeft. Beide technologieën zijn winstgevend. Zolang de concurrentie niet al te intens is en er voldoende sociaal voelende consumenten zijn, is er geen onoverkomelijk *first mover disadvantage*.

Wat leren we uit zo'n simpel 'economisch model'? Het model is vergelijkbaar met een *case* uit het recht: we kunnen niet direct generaliseren, maar hebben ook laten zien dat, in het experiment, het *first mover disadvantage* geen gegeven is. De vraag is natuurlijk wat de externe relevantie van zo'n experiment is: wat zegt het gedrag van Duitse studenten over dat van Zuunige Zeeuwen en producenten in een Angelsaksisch kapitalistisch systeem? Het is een '*if, then*': als consumenten niet alleen op de centen letten, maar sociaal voelend zijn en goed geïnformeerd, en als de vervuiling als voldoende ernstig ervaren wordt, dan is een kartelafpraak niet noodzakelijk om de schone technologie in de markt te krijgen. De praktijkcheck of aan deze voorwaarden voldaan is, kan niet achterwege blijven.

De Verlichtingsfilosofen dachten niet alleen aan materiële welvaart, andere dingen zijn belangrijker. Dat geldt zeker in deze tijd nu de materiële welvaart, vooral in de westerse marktsamenleving, hoog is. Mensen streven naar geluk, ze willen tevreden zijn met hun leven. De kernvraag van ons vakgebied kan daarom anders geformuleerd worden: welke rol kunnen markten spelen als het doel is iedereen de kans op een goed leven te bieden? Misschien dat Tom in de toekomst zijn licht daarop kan laten schijnen.

Een nieuw begin

De redactie van dit tijdschrift en de vele lezers van *Markt & Mededinging* hebben in de loop der jaren dat Tom Ottervanger als redacteur aan *Markt & Mededinging* verbonden was met veel plezier kennisgenomen van zijn bespiegelingen, analyses, suggesties en kritische kanttekeningen. Hem kennende zal daar voorlopig nog geen einde aan komen. De redactie ziet met belangstelling en ongeduld uit naar zijn toekomstige opmerkingen.

7 G. Stigler, 'Law or Economics?', *Journal of Law and Economics* 1992, 35, p. 455-468.

8 B. Bartling, R.A. Weber & L. Yao, 'Do Markets Erode Social Responsibility?', *The Quarterly Journal of Economics* 2015, 130(1), p. 219-266.

Wij hopen dat wij Tom ertoe kunnen verleiden zich als columnist aan ons geliefde blad te verbinden. Hij kan dan niet alleen zijn voorliefde voor de historie van het mededingingsrecht uitleven, maar ook nieuwe ontwikkelingen bespreken en misstanden aan de kaak te stellen. Wij zijn Tom zeer dankbaar en zouden vereerd zijn als hij onze uitnodiging zou willen aanvaarden.

Eric van Damme

Cees Dekker

Berend Jan Drijber

Erik Pijnacker Hordijk

Paul Lugard

Bernd van der Meulen

Gunnar Niels

Rein Wesseling

Redactioneel

Grensgeschillen*

Onbedoeld loopt er blijkens de inhoudsopgave een rode draad door dit tweede nummer, wellicht het beste aan te duiden met de problematiek van de afbakening. De materiële en formele reikwijdte van het mededingingsrecht is namelijk in meerdere opzichten begrensd. Waar de grenspalen precies in het landschap staan, is evenwel lang niet altijd evident. Een paar grensproblemen komen in deze uitgave aan bod, voorafgegaan door wat redactionele bespiegelingen.¹

Zo is er allereerst de begrenzing ‘aan de onderkant’: de president in Breda, in een geschil tussen concurrerende kappers, verwierp een beroep op de bagateluitzondering in de Mw. Aan de interessante, mijns inziens in positieve zin te beantwoorden vraag of er naast deze uitzondering nog ruimte is voor een ‘merkbaarheidsvereiste’ besteedde hij helaas geen aandacht.

In de tweede plaats is er de problematiek van de territoriale afbakening van jurisdictie van verschillende mededingingsautoriteiten, en hun onderlinge samenwerking. Voorzover het betreft de relatie tussen de Commissie en de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten ziet de Commissie graag een meer gedecentraliseerde toepassing van de Europese regels en een intensieve toepassing van de nationale regels. De kans van slagen lijkt mij niet zo groot. Meer en meer zullen die gedragingen die werkelijk relevant zijn onder het mededingingsrecht een grensoverschrijdend karakter hebben en zal de behoefte aan een ‘centraal orgaan’ bij opsporing en onderzoek toenemen. De vervlechting van economieën en de ‘globalisering’ van het bedrijfsleven vragen idealiter zelfs om een autoriteit op een niveau dat landen en gemeenschappen overschrijdt.

Naarmate overheden, driftig liberaliserend, deregulerend en privatiserend zich terugtrekken, neemt de noodzaak van toezicht op marktgedrag toe. Marktwerving als leidend beginsel van overheidsbeleid is alleen aanvaardbaar als het vacuüm dat door deregulering en door nieuwe

verschijnselen als de ‘interne markt’ wordt gecreëerd niet volledig wordt beheerst door een steeds machtiger en ongecontroleerd multinationaal bedrijfsleven. Men mag niet vertrouwen op de ‘invisible hand’ van Adam Smith. Bij gebreke van een mondiale autoriteit met tanden zullen we ons moeten behelpen met samenwerking tussen gezagsdragers, zowel intracommunautair als in de relatie met derde landen. Liefst met afstemming van normen en procedures, en zonder politiek wapengekletter zoals in het Boeing-dossier.

Afbakeningsperikelen spelen, in de derde plaats, een rol bij de opkomst van sectorspecifieke toezichthouders wier competentie overwegend van mededingingsrechtelijke aard is, aangevuld met regulerende taken op het gebied van kwaliteit en prijzen, toegang tot netwerken en geschillenbeslechting. Ik ben gevoelig voor de hier en daar gehoorde kritiek op de complexiteit en inefficiëntie van het versnipperde Engelse systeem. De vragen waarmee sector-autoriteiten worden geconfronteerd zijn ‘grosso modo’ dezelfde als van ‘gewone’ mededingingsautoriteiten (bijvoorbeeld het definiëren van markten en vaststellen van ‘misbruik’). Sectorkennis is ook op te bouwen in een mededingingsautoriteit en zal sowieso voorhanden zijn in verband met onvermijdelijke ‘overlaps’.

Het afpalen van het terrein dat door het mededingingsrecht wordt bestreken doet zich verder voor bij de vraag of, en in welke mate, het mededingingsrecht van toepassing is op actoren in de zorgsector. Hierover handelen de uitspraken van de president in Almelo en van de president in Rotterdam. Meer in het algemeen is in politiek opzicht belangrijk of het principe van marktwerving voor alle, inbegrepen de sociaal of cultureel meer ‘gevoelige’ sectoren geldt, en of bij de toepassing van het mededingingsrecht rekening moet en kan worden gehouden met de bijzondere kenmerken van bepaalde activiteiten.

Marktwerving mag immers geen doel op zich zijn. Een beleid waarbij op terreinen als bijvoorbeeld de omroep, het vervoer, de energievoorziening, het onderwijs, de volksgezondheid, of de verzekeringsdiensten slechts de ‘vrije markt’ als hoogste goed wordt beschouwd, zal onomkeerbare schade aan de samenleving aanrichten. Hier in de Verenigde Staten ziet men daarvan de voorbeelden. Ook

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 1998, afl. 2, p. 41-42.

¹ Geschreven in Washington, de bakermat van de vrije mededinging, zonder nog de inhoud van de verschillende bijdragen te kennen.

op deze terreinen is behoefte aan een zichtbare hand die als wetgever of hiertoe goed uitgeruste mededingingsautoriteit ervoor borg staat dat het algemeen belang niet wordt veronachtzaamd.

De grenzen aan de mogelijkheden van het mededingingsrecht spelen, ten slotte, een belangrijke rol in de problematiek van organisaties die zowel publieke taken als commerciële marktactiviteiten verrichten. Is hier, zoals de Werkgroep Cohen voorstelt, een rigoureuze, structurele maatregel nodig, of biedt de Mw aangevuld met gedragsregels voldoende soelaas? Van verschillende kanten is al signaleerd dat een oplossing welke de klok 50 jaar terugzet door Nederland als een eiland te behandelen, geen bevredigende oplossing biedt.

Redactioneel

Mededingingsbeleid: wie, wat, waar, hoe...?*

Een wettelijke regeling als de Mededingingswet (Mw) is niet toe te passen zonder een beleidsvisie die inhoud geeft aan de in die wet neergelegde normen. De regels laten zich niet legalistisch en mechanisch toepassen. De lange geschiedenis van het Amerikaanse mededingingsrecht, evenals de wat kortere geschiedenis van het Europese recht, toont dat de invulling van de normen mede afhankelijk is van een evoluerende 'ideologie' over de economische en maatschappelijke inrichting van de samenleving. Dezelfde regels kunnen in extremis worden gebruikt om zeer in detail te sturen of om de consument slechts tegen excessen van marktmacht te beschermen. Economische theorieën zijn daarbij in de loop der tijd een steeds belangrijkere rol gaan spelen. Ook de NMa is in de korte tijd van haar bestaan begonnen met de invulling van de normen, bijvoorbeeld door bij de toepassing van artikel 6 Mw te 'spelen' met het 'merkbaarheids criterium', 'de economische context' en de bijzondere karakteristieken van bepaalde markten, al is zij soms wel weer erg strikt in de leer: zie bijvoorbeeld het in dit nummer door Schutte besproken besluit in de zaak 'Hafkamp', alsmede het besluit van 1 april 1999 n.a.v. de aanmelding op 1 april 1998 over de Indische toko in de Scheveningse Palace Promenade.

Politieke (on)afhankelijkheid

Mededingingsbeleid in ruime zin omvat veel meer dan alleen de toepassing van de Mw. Het omvat mede zaken als vestigingsbeleid, winkelsluitingstijden, steunverlening, privatisering en liberalisering van allerlei sectoren en impliceert een politieke visie op de wenselijke mate van marktwerking en marktordening. Het is evident dat toezicht op de naleving van het mededingingsrecht essentieel is in onze vrije markteconomie en aan belang heeft gewonnen met de, veelal door 'Brussel' geïnspireerde,

geleidelijke introductie van marktwerking in praktisch alle sectoren.

Deze ontwikkeling heeft tegelijkertijd de mogelijkheden van de overheid om in het economisch leven te interveniëren gereduceerd. Men kan het mededingingsrecht daarbij niet isoleren van een breder beleid dat door de overheid, en niet door de toezichthouder, vorm moet worden gegeven. Zo heeft de overheid ideeën over de rol van nutsbedrijven die zich niet altijd lenen voor sector-specifieke wetgeving, of over de wenselijkheid nog eens een groot aantal benzinestations op de snelwegen toe te voegen omdat er gebrek aan prijsconcurrentie zou zijn, of over stimulering van het MKB welke een milde toepassing van het mededingingsrecht noodzakelijk zou kunnen maken, of over een model van marktordening in de gezondheidssector.

Dat roept een spanningsveld op. Moet een instelling als de NMa (met of zonder ZBO-status) volledig onafhankelijk van de overheid opereren, of dienen er, bijvoorbeeld via (algemene en/of individuele) aanwijzingsbevoegdheden zoals thans in de Mw voorzien, banden met de overheid te bestaan? Een overheid die zoals hierboven gesignaleerd aan invloed heeft ingeboet en dus wel eens in de verleiding zou kunnen komen meer betrokken te raken bij een instelling als de NMa. Conceptueel is voor dat laatste model wel iets te zeggen vanwege de nauwe verwevenheid tussen het mededingingsrecht en het mededingingsbeleid in ruime zin, als onderdeel van economische politiek zoals zo-even kort geschetst.

Die verwevenheid bestaat in 'Brussel' evenzeer zolang DG IV deel uitmaakt van de Commissie. Toch verdient onafhankelijkheid (afgezien, uiteraard, van rechterlijke toetsing) de voorkeur. Een mogelijkheid van inmenging door de overheid leidt onvermijdelijk tot 'bemoeizucht' van het parlement en tot lobby vanuit (bepaalde hoeken van) het bedrijfsleven. Datzelfde bedrijfsleven heeft uiteindelijk echter vooral behoefte aan zekerheid, aan een mate van consistentie die de politieke waan van de dag vaak niet biedt. En: iedere schijn van belangenverstrengeling daar waar de overheid belangen heeft in bepaalde ondernemingen dient te worden voorkomen. Als de overheid mededingingsbeleid wil voeren waar een toezicht-

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 1999, afl. 3/4, p. 105-108.

houder rekening mee moet houden, kan dit via, al dan niet sectorspecifieke, (uitvoerings)wetgeving.

Brusselse invloed.

Er is nog een andere reden die pleit voor onafhankelijkheid en dat brengt mij op een belangrijk element dat de speelruimte van de NMa beperkt, t.w. de invloed van het Europese recht. Zoals al blijkt uit de considerans van de Mw heeft de wetgever 'zoveel mogelijk (willen) aansluiten bij de regels betreffende de mededinging krachtens het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap'. De Mw is qua systematiek en qua vormgeving afgeleid van het Europese recht. Veel begrippen hebben dezelfde betekenis als in de EG en wetsartikelen zijn op dezelfde wijze geformuleerd. Dit om te voorkomen dat ondernemingen aan verschillende normen zijn onderworpen, de ene keer wanneer zij in Nederland, de andere keer wanneer zij daarbuiten activiteiten ontplooiën. Om nog te zwijgen van de vele situaties waarin zij in een open economie als de onze met beide stelsels tegelijk worden geconfronteerd. Door deze benadering zijn de beleidscriteria voor de NMa aanzienlijk verkleind. 'Brussel', onder toezicht van de gemeenschapsrechters, bepaalt indirect tot op grote hoogte de hoofdlijnen van het Nederlandse beleid en het is ongewenst dat ook nog eens de Nederlands overheid in dat beleid zou interveniëren.

Een voorbeeld van de doorwerking van het Brusselse beleid in onze nationale rechtsorde is de fundamentele herziening van de toepassing van het mededingingsrecht op verticale beperkingen, welke als alles volgens planning verloopt per 1 januari 2000 in werking moet treden. De plannen zijn al eerder in dit tijdschrift besproken. In het thans voor u liggende nummer komt in een bijdrage van Lugard de huidige stand van zaken aan bod nu de Raad eind april overeenstemming heeft bereikt over de aanpassing van Verordening 19/65, op grond waarvan de Commissie de bevoegdheid krijgt de nieuwe groepsvrijstelling vast te stellen, en over de wijziging van artikel 4(2) Verordening 17. Een casuïstisch voorbeeld van de invloed van het Europese recht op het Nederlandse biedt de mededingingsrechtelijke toetsing van het in de gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten neergelegde verbod op resultaatsafhankelijk declareren. In een recente beschikking heeft de Commissie een dergelijk verbod in een gedragscode van octrooigemachtigden als niet mededingingsbeperkend aangemerkt terwijl de NMa in een eerder 'voorlopig oordeel' over de Nederlandse orderegels deze als wél mededingingsbeperkend beschouwde. Wat men ook vindt van de analyse van de NMa in deze zaak, feit is dat de NMa niet voorbij kan gaan aan de door de Commissie gekozen invalshoek en er verstandig aan had gedaan het Brusselse oordeel af te wachten. Glazener en Pijnacker Hordijk zijn van mening dat de Commissie-beschikking het zeer onwaarschijnlijk maakt dat het voorlopig oordeel van de NMa, indien het de status van een 'besluit' zou krijgen, in rechte stand zou kunnen houden.

Schets van de beoogde hervorming.

Van groot belang in dit verband is verder de door de demissionaire Commissie na een lange voorbereiding eind april via een Witboek aangekondigde revolutionaire modernisering van het Europese mededingingsrecht. Hoewel geplaatst in de sleutel van 'decentralisatie' zou uitvoering van de plannen wel eens tot het paradoxale resultaat kunnen leiden dat 'Brussel' verder aan invloed wint en dat de rol van de NMa verarmt. Implementatie van het Witboek is niet voor vandaag of morgen zodat er nog ruime gelegenheid is in dit tijdschrift volop aandacht te geven aan de politieke en juridische haalbaarheid en de gevolgen voor alle betrokkenen. Het volgende nummer van M&M zal vrijwel geheel aan het Witboek zijn gewijd. Ik volsta daarom met een korte samenvatting van de plannen, en een enkele eerste observatie.

De kern van de voorgestelde hervorming is de afschaffing van het systeem van aanmeldingen en ontheffingen. Dit wordt vervangen door een stelsel waarbij artikel 81(3), dat voorziet in ontheffingen, krachtens een Raadsverordening direct toepasbaar wordt, dat wil zeggen zonder dat een voorafgaande beslissing van de Commissie nodig is. Dat betekent dat artikel 81 in zijn totaliteit kan worden toegepast door én de Commissie én de nationale mededingingsautoriteiten én de nationale rechter.

De achtergrond van deze 'modernisering' is dat het tot dusverre bestaande mechanisme zich tegen zichzelf heeft gekeerd en mede door toekomstige ontwikkelingen volledig onwerkbaar dreigt te worden. Immers, zo schetst de Commissie, zij is niet langer in staat op effectieve wijze en met voldoende rechtszekerheid voor de ondernemingen de vele aanmeldingen te behandelen die een gevolg zijn van de keuze voor een gecentraliseerd systeem waarvan de essentie is dat uitsluitend de Commissie bevoegd is ontheffingen te verlenen. De tot dusverre genomen initiatieven om de stroom zaken in te dammen zijn niet langer afdoende (te denken is daarbij vooral aan de ontwikkeling van het merkbaarheidsvereiste, de diverse bekendmakingen en groepsvrijstellingen, de introductie van 'comfort letters', de samenwerking met de nationale rechter en de nationale mededingingsautoriteiten). Ondanks al die maatregelen slaagt de Commissie er niet in de handen vrij te maken om zich pro-actief en grondig bezig te houden met de meest ernstige inbreuken, en is zij niet in staat ondernemingen rechtszekerheid te bieden door bij formele beschikking ontheffingen te verlenen. Door de EMU, de uitbreiding met nieuwe lidstaten en de globalisering van de economie zal de behoefte aan effectief en efficiënt mededingingstoezicht nog verder toenemen. Het in 1962 uiteindelijk bij wijze van compromis gekozen mechanisme, zoals neergelegd in Verordening 17, is volgens de Commissie niet langer adequaat. Zij verzuimt te vermelden dat een deel van de problemen is te wijten aan een gebrek aan interne efficiency en ervaren 'officials' die zich gedurende een langere periode met dezelfde sector bezighouden.

De systematiek van artikel 81, met de verdeling tussen lid 1 en 3 is ‘... artificial and runs counter to the integral nature of Article 81, which requires economic analysis of the overall impact of restrictive practises’. Een zeker opportunisme kan men de Commissie niet ontzeggen als zij op die wijze met één zin een uitleg verwerpt die ruim 30 jaar door dik en dun is verdedigd als de enige aanvaardbare. Wat daarvan zij, het verbodssysteem zal, als de plannen doorgaan, als uitgangspunt worden gehandhaafd (dat moet ook wel, wil men het Verdrag trouw blijven) maar een andere inhoud krijgen: alleen die mededingingsbeperkende gedragingen zijn verboden en nietig die de mededinging merkbaar beperken en niet voldoen aan de (ontheffings)voorwaarden van artikel 81(3). Dit zal gelden voor alle mededingingsbeperkende gedragingen met uitzondering van bepaalde ‘productie-joint ventures’ die, bij gebleken ongeldigheid, moeilijk ontbonden kunnen worden. Voor dit type transacties denkt de Commissie aan een systeem van preventieve goedkeuring volgens de procedure van de Concentratieverordening.

Het beoogde gevolg van de modernisering is een decentrale toepassing van het mededingingsrecht, met dien verstande echter dat de Commissie een centrale rol blijft vervullen: zij zal het beleid bepalen en ‘primus inter pares’ zijn: door middel van meer groepsvrijstellingen (hoewel van een ‘vrijstelling’ in het nieuwe systeem eigenlijk niet kan worden gesproken), met marktaandeeldrempels; door middel van meer bekendmakingen; door middel van meer verbodsbeslissingen in individuele zaken waarbij de economische analyse aan belang zal winnen opdat duidelijk is dat het verbod van artikel 81 beperkt is tot ondernemingen met een zekere mate van marktmacht; door middel van de mogelijkheid als ‘amicus curiae’ op te treden in procedures voor de nationale rechter; door middel van het recht te verlangen dat de nationale autoriteiten zaken over Europees mededingingsrecht naar de Commissie verwijzen; door middel van uitbreiding van de verificatiebevoegdheden. Positieve beslissingen in individuele gevallen zullen door de Commissie slechts in uitzonderlijke omstandigheden, wanneer het algemeen belang dit vergt, worden genomen.

Rechtszekerheid in het geding?

Dat laatste punt raakt één van de meest intrigerende onderwerpen van de herziening, t.w. de rechtszekerheid voor het bedrijfsleven. Niet alleen bij de toepassing van het Europees recht, maar ook bij de toepassing van het nationale mededingingsrecht in de voor de hand liggende hypothese dat de lidstaten hun stelsel aan dat van het Europese zullen aanpassen (waartoe in Nederland wijziging van de Mw noodzakelijk is). Hoewel de Commissie in het Witboek herhaaldelijk benadrukt dat een redelijk niveau van rechtszekerheid voor ondernemingen gewaarborgd dient te zijn, rijst de vraag of dat inderdaad zo is. Door het verdwijnen van de aanmeldingsmogelijkheid (met daaraan gepaard de immuniteit voor boetes) zullen ondernemingen, zwaarder dan voorheen leunend op

(externe) deskundigen, zelf de afweging moeten maken of een gedraging al dan niet geoorloofd is. Ervaring leert dat dit lang niet altijd een eenvoudige opgave is, en dat de praktijk veelal grilliger is dan de autoriteiten in (nieuwe) groepsvrijstellingen en bekendmakingen kunnen voorzien. Daarbij speelt mee dat thans in veel gedragingen met een grensoverschrijdend karakter ‘for all practical purposes’ kan worden volstaan met aanmelding in Brussel onder het Europese recht. De hervorming zal de overzichtelijkheid en efficiency niet ten goede komen. Ondernemingen zullen zich moeten afvragen in concrete gevallen of het nodig of wenselijk is in meerdere lidstaten na te gaan hoe de nationale autoriteiten en nationale rechters naar zowel Europees als nationaal mededingingsrecht oordelen over een bepaalde gedraging, en of in sommige lidstaten het wellicht wél mogelijk is deze formeel te melden of althans informeel voor te leggen.

Het bedrijfsleven, gewend aan het huidige stelsel van centrale aanmelding en straks geconfronteerd met een Commissie plus 15 lidstaten met een vergelijkbare materiële wetgeving maar elk met zijn eigen taal, procedures en precedentes zal de behoefte voelen aan enigerlei vorm van ‘guidance’, liefst op centraal niveau. De praktijk in de V.S., waar eveneens geen systeem van formele aanmelding bestaat, biedt ‘prima facie’ weinig steun voor de honorering van die behoefte. In veruit de meeste gevallen gaan de ondernemingen af op hun adviseurs bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van gedragingen. Het is mogelijk, maar ongebruikelijk, informele ‘guidance’ te vragen aan de federale mededingingsautoriteiten in de vorm van een gesprek of een zogenoemde ‘business review letter’ (die geen formele status heeft en voorzover mij bekend voornamelijk wordt gevraagd in de context van brancheverenigingen). Het argument dat de EU ‘ingewikkelder’ zou zijn vanwege het bestaan van verschillende systemen in de lidstaten biedt evenmin soelaas. De Amerikaanse federale regering is eind vorige eeuw ingevoerd, aldus Senator Sherman indertijd ‘to supplement the enforcement of the State laws’; en tot op de dag van vandaag zijn er verschillen tussen het mededingingsrecht van de Staten onderling, en met het federale recht.

Al lijkt het Amerikaanse systeem dus geen steun te bieden voor een pleidooi tot behoud van de aanmeldingsmogelijkheid, of tot invoering van andere methoden die tot een vorm van ‘comfort’ kunnen leiden, dat neemt niet weg dat de behoefte wel eens zeer reëel zou kunnen zijn. Een probleem is daarbij dat introductie van ‘guidance’ tot zoveel werk voor de Commissie zou kunnen leiden dat het belangrijkste oogmerk van hervorming – tijd vrijmaken voor opsporing en vervolging van zware inbreuken – niet wordt gerealiseerd. Ligt hier, op het vlak van een soort ‘rulings’, misschien een belangrijke taak voor nationale autoriteiten, zoals de NMa? Voor puur nationale gedragingen wél (als zo’n nationale autoriteit anders dan de Commissie inderdaad zo’n beleid wil voeren) maar voor grensoverschrijdende gevallen ontstaat er dan al gauw een probleem omdat verschillende autoriteiten jurisdictie hebben (anders dan bij concentraties, waar met behulp van het criterium van de ‘communautaire dimensie’ een scherpe bevoegdheidsafbakening mogelijk is, is zo’n

afgrenzing voor mededingingsbeperkende gedragingen niet mogelijk: het betreft hier voortdurende gedragingen waardoor een momentopname ter berekening van omzetten ontbreekt).

Deze, en vele andere vragen (bijv. met betrekking tot de toekomstige rol van de rechterlijke macht) zullen in het volgende nummer van M&M en in andere gremia de komende tijd ongetwijfeld ruimschoots aan bod komen. Wij kijken met spanning uit naar die beschouwingen en naar de ontwikkelingen die ons te wachten staan, en naar de gevolgen daarvan voor de NMa. Voor deze instelling is daarbij de vraag of de beoogde ‘decentralisatie’ ook werkelijk tot een verrijking van de taken zal leiden, of dat een verdwijnen van aanmeldingen, een centralisatie van beleid bij de Commissie, die ook de ‘grote’ zaken voor haar rekening zal nemen, en een delen van de ‘macht’ met de rechter de speelruimte verder zullen inperken. In ieder geval: het ‘wie, waar, wat, hoe’ van het mededingingsbeleid zal boeiend blijven.

Redactioneel

Procedurele 'faits divers'*

Bestuursrecht

Beoefenaars van het mededingingsrecht die zijn opgegroeid met het Europese recht, zijn met de komst van de Mededingingswet (Mw) geconfronteerd met een voor hen veelal nieuw fenomeen, te weten het Nederlandse bestuursrecht. Dit rechtsgebied verschilt in menig opzicht van het voor het Europese mededingingsrecht relevante bestuursrecht zoals dat geldt voor administratieve en rechterlijke procedures op communautair niveau en zoals dat in de loop der tijd vorm heeft gekregen door (pseudo-)wetgeving op deelterreinen en casuïstiek. Voor de toepassing van de Mededingingswet is kennis en inzicht in het bestuursrecht, en met name de Algemene wet bestuursrecht, onmisbaar en daarom besteedt *M&M* er frequent aandacht aan. Zo ook dit nummer, dat onder meer een uitvoerige bijdrage van Van Angeren en Polak bevat over de bestuursrechtelijke begrippen 'besluit' en 'belanghebbende' en een bespiegeling van Zijlstra over de 'verzelfstandiging' van de NMa. Niet alleen heeft de Mededingingswet de toch al vele raakvlakken van het mededingingsrecht met andere disciplines (Europees recht, civiel recht, industriële eigendom, economische wetenschap, etc.) verruimd naar het Nederlandse bestuursrecht, ook voor staats- en bestuursrecht deskundigen, net als voor economen, levert de Mededingingswet een nieuwe bron van studie en inspiratie.

De betekenis van de twee in de Algemene wet bestuursrecht centrale begrippen die door Van Angeren en Polak worden besproken, is essentieel voor de procedure die de d-g NMa moet volgen en voor de rechtsbescherming bij de bestuursrechter van degenen die bij zo'n procedure zijn betrokken. Auteurs bespreken aan de hand van wat in het algemene bestuursrecht geldt de vraag of in het kader van de toepassing van artikel 6 Mw gegeven 'voorlopige oordelen', 'informele zienswijzen' en 'negatieve verklaringen' al dan niet 'besluiten' zijn. Hun conclusie is dat de

situatie verre van duidelijk is en dat aanpassing van de Mededingingswet wellicht raadzaam is. Wat betreft het deelgebied concentratiecontrole, onderschrijven zij het oordeel van de d-g NMa dat de mededeling dat een vergunning is vereist een 'besluit' is. Voorts betwijfelen zij of de d-g NMa de bevoegdheid heeft na een melding of aanvraag meer gegevens te vragen uitsluitend om aldus de beslistermijn op te rekken. Met beide opvattingen kunnen wij ons verenigen, al moet met betrekking tot een verzoek om aanvullende gegevens bedacht worden dat het ook in het belang van de meldende partijen kan zijn indien aldus de 'eerste fase' wordt verlengd en daardoor een 'tweede fase' mogelijk wordt voorkomen.

Fusiecontrole

In dat verband is interessant dat op Europees niveau in het kader van de 'Merger Review 2000' de Merger Task Force (MTF) overweegt een mechanisme te introduceren dat er in voorziet dat in de eerste fase in overeenstemming tussen de MTF en partijen de klok tijdelijk wordt stilgezet. Doel is de MTF meer tijd dan één maand te geven om te onderzoeken of een voorgenomen fusie wellicht mededingingsrechtelijk problematisch is, bijvoorbeeld vanwege een oligopolistische marktstructuur, of om andere redenen zoals een veelheid van betrokken markten. Indien de opening van een tweede fase hiermee kan worden vermeden, bespaart dit zowel de Commissie als partijen veel tijd, werk en kosten. De methode is aanzienlijk eleganter dan de huidige waarbij aanmeldingen ook dikwijls zelfs ná prenotificatiegesprekken en soms in een zeer laat stadium, 'incompleet' worden verklaard. Dit is frustrerend voor partijen, ook al kan men begrip opbrengen voor de problemen waar de MTF mee worstelt: een enorme werklast qua hoeveelheid dossiers (bijna 300 zaken in 1999, en naar verwachting nog meer dit jaar, tegen minder dan 100 in 1994) en qua toenemende complexiteit en omvang van relevante markten, en dat met een niet substantieel uitgebreide staf. Daarbij komt dat met de vele concentraties op het gebied van telecom,

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2000, afl. 4, p. 121-123.

media en internet horizontale en verticale relaties moeten worden geanalyseerd en beoordeeld op markten die pas in ontwikkeling zijn, of nog niet bestaan. Voor een voorbeeld van dat laatste: de beslissing van april jl. inzake Vodafone Airtouch/Mannesmann waar de nieuwe combinatie geacht werd dominant te (zullen) zijn op een (waarschijnlijk) toekomstige markt van 'seamless pan-European mobile telecommunications service'.

Werkdruk speelt ook de NMa parten. Toe te juichen is daarom het medio mei geventileerde voornemen van de d-g NMa concentratiemeldingen af te doen door middel van een 'verkort besluit'. Noch de Mededingingswet noch de Algemene wet bestuursrecht verplicht de d-g NMa dit type besluiten te motiveren zolang belanghebbenden daar geen behoefte aan hebben. Zo'n besluit dat op alle of sommige punten 'verkort' is, zou passend zijn in het geval derden naar aanleiding van de publicatie van de melding, of desgevraagd, geen serieuze reacties hebben gegeven, en er formeel en materieel (bijv.: geen 'overlap', dan wel lage marktaandeelen) evident geen problemen zijn. Met name wat betreft de opmerkingen van derden zal inderdaad buiten twijfel moeten staan dat hun inbreng irrelevant is; immers, vermeden moet worden dat tegen zo'n verkort besluit door derden procedures worden ingesteld. Onduidelijk in dit verband is echter nog hoe de NMa zal (moeten) omgaan met derden die géén opmerkingen hebben ingediend en toch bezwaar maken tegen een verkort besluit. De d-g verwacht ca. 25% van de zaken op deze wijze te kunnen afdoen. Onze taxatie is dat, na een ongetwijfeld wat terughoudende start, het na verloop van tijd, bij behoud van de huidige meldingsdrempels, wel eens om een hoger percentage zal kunnen gaan. Vermelenswaard is dat de Commissie eind juni een – ten tijde van het schrijven van dit voorwoord nog niet gepubliceerde – bekendmaking heeft aangenomen waarin wordt uiteengezet in welke gevallen ook zij zal volstaan met een 'verkort besluit'. Wij hopen dat, hoewel niet strikt noodzakelijk, de d-g NMa het stramien van de bekendmaking zal volgen en indien, in welke richting ook, wordt afgeweken de gronden hiervoor zullen worden aangeduid.

De vraag of de huidige meldingsdrempels dienen te worden behouden, zal de komende tijd eveneens in de schijnwerpers staan, zowel op communautair als op Nederlands niveau, waarbij uiteraard ook de samenhang tussen beide systemen aandacht verdient. Wat betreft de Mededingingswet heeft minister Jorritsma, in een brief van eind juni aan de Tweede Kamer waarbij zij het jaarverslag van de NMa over 1999 aanbiedt, te kennen gegeven dat zij wil onderzoeken of de omzetdrempels kunnen worden verhoogd. Blijkens zijn voorwoord bij het jaarverslag is d-g Kist daar een voorstander van. Veel meer dan het afdoen van meldingen door middel van een verkort besluit, zal een serieus optrekken van de drempels daadwerkelijk de lasten van het bedrijfsleven verminderen. VerLoren van Themaat, in zijn bijdrage in dit nummer over de beschikkingenpraktijk van de NMa terzake van concentratiecontrole in 1999, bepleit een grens uitgedrukt in marktaandeelen beneden welke de meldingsplicht vervalt. Conceptueel is dit inderdaad de meest zuivere benadering maar, zoals ook de ervaring in andere jurisdicties

leert, omzetgrenzen zijn veel eenvoudiger te hanteren en verdienen ons inziens daarom de voorkeur. Wel sluiten wij ons aan bij zijn suggestie in de Mededingingswet de mogelijkheid te introduceren dat 'remedies' ook in de eerste fase worden aangeboden.

Op communautair niveau heeft de Commissie door middel van een lijvig rapport aan de Raad de 'Merger Review 2000' gelanceerd, waarvan een herziening van de omzetdrempels het centrale thema uitmaakt. De ervaring met de 'review'-exercitie in 1996/1997, resulterend in diverse aanpassingen in de Covo per maart 1998, heeft geleerd dat verre van zeker is tot welke herziening het rapport zal leiden. Zoveel is echter duidelijk, dat de Commissie lijkt aan te sturen op een wijziging van het in 1998 ingevoerde artikel 1 lid 3 dat beoogt de lasten van het bedrijfsleven te verminderen die gepaard gaan met meldingen in verschillende lidstaten. Artikel 1 lid 3 bepaalt, in essentie, dat indien in ten minste drie lidstaten een aanzienlijke omzet wordt behaald, ingevolge het 'one stop shop'-beginsel de Commissie en niet de nationale autoriteiten bevoegd zijn. Veel geholpen heeft dit niet, zo blijkt uit de analyse van de Commissie. Wat zij thans, na in het rapport verschillende alternatieven te hebben besproken om het aantal 'multiple filings' te reduceren, met name lijkt te willen bereiken, is dat de 'one stop shop'-regel ook al geldt indien in twee lidstaten een behoorlijke omzet wordt gerealiseerd. Dit zou het aantal door de MTF te behandelen dossiers wel eens met zo'n 50% kunnen verhogen. Om dit te kunnen behappen is een forse uitbreiding van staf nodig, zeker als men daarbij bedenkt dat én het aantal fusies sowieso een constante groei vertoont, én de Commissie in het kader van de 'modernisering' ook zogenoemde 'productie joint ventures' onder de Covo wil brengen én nieuwe lidstaten zullen toetreden. De Commissie doet daarom de voorzichtige suggestie een 'filing fee' ad bijvoorbeeld € 30.000 in te voeren. Zo'n bedrag is weliswaar lager dan in de VS, maar nog altijd aanzienlijk. Zelfs indien in veel gevallen kosten en tijd bespaard kunnen worden, niet alleen door een forse reductie van het aantal 'multiple filings', maar ook door een eenvoudiger aanmelding en een efficiëntere behandeling, is de vraag of een dergelijke heffing gerechtvaardigd is. Het bedrijfsleven zal zich hier de komende tijd over moeten uitlaten.

Verzelfstandiging van de NMa

Interessant voor mededingingsjuristen is de staatsrechtelijk geïnspireerde analyse van Zijlstra die de vraag opwerpt of er redenen zijn de NMa te verzelfstandigen, als gevolg waarvan in ieder geval de bevoegdheid van de minister in individuele dossiers aanwijzingen te geven komt te vervallen. Hij toetst die vraag aan de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' die – uitputtend – de motieven opsommen op grond waarvan zbo's mogen worden ingesteld, en geeft een bevestigend antwoord. De reden daarvoor is, volgens schrijver, dat in de huidige situatie er een risico is dat bij een individuele aanwijzing door de minister in het licht van de Mededingingswet oneigenlijke

motieven een rol zouden kunnen spelen. Inderdaad is een ingrijpen door de minister – óók op grond van motieven die wél mededingingsrechtelijk relevant zijn – ongewenst omdat het onvermijdelijk een in onze ogen ongewenste politieke lobby door parlement en bedrijfsleven uitlokt. Daarbij komt dat de NMa in de praktijk sterk afhankelijk is van het Brusselse beleid dat reeds, door de aard van het Brusselse beestje, mede wordt geïnspireerd door politieke overwegingen onder andere op verwante beleidsterreinen, bijvoorbeeld met betrekking tot de liberalisering van bepaalde sectoren. Tot op heden is evenwel het risico van een (openbare!) aanwijzing door de minister in een individueel dossier verwaarloosbaar klein gebleken. In zijn eerder genoemde voorwoord bij het jaarverslag over 1999 spreekt d-g Kist zijn waardering uit over '[...] de volstrekte terughoudendheid van het ministerie als het individuele zaken betreft'. De vraag rijst dan of het door Zijlstra genoemde motief werkelijk voldoende is om de overgang naar een zbo te rechtvaardigen. Daarbij komt dat wellicht, in navolging van het Duitse systeem, toch behoefte zal blijven bestaan aan handhaving van de mogelijkheid voor de minister om op zwaarwegende gronden van algemeen belang de d-g te 'overrulen' indien deze een vergunning voor een concentratie heeft geweigerd. Een meer aansprekende reden voor verzelfstandiging is wellicht dat zelfs de schijn van partijdigheid moet worden vermeden in al die zaken in bijvoorbeeld de energie-, transport- en zorgsector waar de NMa moet oordelen over ondernemingen die nauw gelieerd zijn met de overheid. Kortom, vele thema's die in komende nummers van *M&M* ongetwijfeld terug zullen keren.

Opinie

Kritiek op NMa verdient nuancering*

Onder de prikkelende aanhef 'kartelwaakhond onder vuur' schetste NRC Handelsblad op 1 september jl. een negatief beeld van de NMa dat brede ondersteuning zou vinden in het wereldje van NMa-watchers. Het artikel suggereert dat ook de redactie van het vakblad Markt & Mededinging, dat mogelijk is te zien als 'spiegel van de meningen in de juridische wereld', zich achter deze kritiek schaart. Die suggestie inspireerde mij tot de volgende reactie die, zoals in beginsel alle bijdragen in dit tijdschrift, op persoonlijke titel is geschreven.

De in de NRC geuite beschuldigingen zijn niet mals, en worden in de inleiding als volgt samengevat: 'een chaotische werkwijze, kwaliteitsgebrek en leegloop'. Andere kwalificaties die het artikel aan de NMa geeft zijn 'populistisch' en 'onevenwichtig'; verder zou het een droggedachte zijn dat de NMa een neutrale scheidsrechter is. Verwijten, die zouden zijn gemaakt door onder anderen oud-medewerkers die anoniem willen blijven omdat zij een vertrouwelijkheidsverklaring hebben getekend. Het artikel wijst ook op kritiek van prof. Van Wijnbergen op de besluiten van de NMa in de fusie Vendex/KBB, die thans 'sub judge' is, en in de fusie Schuitema/A&P, door hem als 'onjuist' betiteld terwijl de (uitvoerige) motivering door de NMa nog niet gepubliceerd was. Of betrokkenen fout zijn geciteerd, of dat hun veelal anekdotisch commentaar door de schrijver van het artikel is ingekleurd en in een andere context is geplaatst, kan ik niet beoordelen. In de pers is inmiddels de gewoonte ingesleten om de NMa aan te duiden met het *pars pro toto* 'kartelwaakhond', en de NRC constateert (dan ook) met verbazing dat deze waakhond in meer dan tweeënhalf jaar nog geen kartel heeft opgerold. Door de regering in de aanloop naar de wet die een einde zou moeten maken aan het 'kartelparadijs', en door de NMa zélf in een ongelukkige presentatie bij het officiële startschot, zijn inderdaad

verwachtingen gewekt die niet zijn waargemaakt in de vorm van formele beschikkingen. De taakopdracht van de NMa is evenwel aanzienlijk ruimer dan het vervolgen van kartels en de regering heeft daarom de aanvankelijk toegedachte aanduiding 'Nederlandse Kartelautoriteit' laten varen. Daarbij komt dat de NMa een groter aantal 'overgangs-ontheffingsaanvragen' en fusieaanmeldingen (al meer dan 400) dan voorzien heeft moeten verwerken. Van invloed op de werkdruk van de NMa is ook dat de introductie van marktwerking in allerlei sectoren, van energie tot gezondheidszorg, eind jaren '90 een grote vlucht heeft genomen en (soms, maar lang niet altijd, ambtshalve) de aandacht van de NMa heeft gekregen. De zorgvuldige voorbereiding van 'hard core' kartelzaken vergt bovendien geruime tijd, hetgeen nóg een verklaring moge vormen voor het feit dat de waakhond in zijn eerste jaren meer heeft geblaft dan gebeten.

Inderdaad heeft de NMa zichzelf in de publiciteit zeer nadrukkelijk op de kaart willen zetten en kan men twifelen over de juistheid van de toonzetting die daarbij in bepaalde gevallen is gebruikt. Het is evenwel ook elders niet ongebruikelijk dat mededingingsautoriteiten de publiciteit zoeken en daarmee zowel intern als extern weerstanden oproepen. Zij moeten daarbij balanceren tussen de preventieve werking die uitgaat van tromgeroef enerzijds en 'due process' in concrete dossiers anderzijds. De belangen van bedrijven, sectoren en beroepsgroepen mogen uiteraard niet worden geofferd omwille van de publiciteit.

M&M is een tijdschrift dat noch een 'pro' noch een 'anti' NMa-signatuur draagt. Het wil een platform zijn voor beschouwingen over mededingingsbeleid in ruime zin, hetgeen veel meer omvat dan de concrete toepassing van de Mededingingswet, en over de ontwikkelingen in het Nederlandse en Europese mededingingsrecht. Kritische bijdragen over beleidsvoornemens en besluiten die op juridische of economische gronden aanvechtbaar zijn, en over een mate van transparantie die onwenselijk is, horen daar zeker in thuis. Ook dient onderwerp van debat te zijn of de overheid er verstandig aan doet de NMa te verzelfstandigen (waartoe een voorstel thans voor advies is voorgelegd aan de Raad van State) en een steeds grotere

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2000, afl. 5, p. 183-184.

rol te geven in de ordening van het economisch leven. Gefundeerde kritiek en een constructieve dialoog derhalve, en begrip voor de complexiteit van het mededingingsrecht en de bestuursrechtelijke voorschriften die in acht moeten worden genomen door een organisatie die moet werken binnen de grenzen en arbeidsvoorwaarden die gelden voor een ambtelijke instelling. Dat, zoals vanuit de NMa zelf van tijd tot tijd wordt geopperd, de rechter nog zelden heeft ingegrepen, is daarbij geen maatstaf. Mededingingszaken lenen zich naar hun aard nu eenmaal vaak niet voor langdurige procedures. En mocht de rechter ingrijpen, zoals naar aanleiding van het beroep van Wegener, dan betekent dat niet onmiddellijk dat de NMa 'chaotisch' is.

Als *M&M* inderdaad een spiegel vormt voor de mening van de juridische (en in toenemende mate ook de economische) wereld, dan leveren meer dan twee jaargangen waarin dit tijdschrift de NMa kritisch volgt mijns inziens een beeld op dat aanzienlijk genuanceerder is dan het beeld dat blijft hangen na lezing van het artikel in *NRC Handelsblad*.

Redactioneel

Overheid als spelbederver*

Net als in voorgaande jaren is een groot deel van het in mei 2001 verschenen (30ste) verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2000 gewijd aan 'staatssteun'. Over deze materie publiceert de Commissie periodiek ook nog afzonderlijke verslagen. In 2000 nam de Commissie 475 beschikkingen, waarvan 26 verbodsbeschikkingen, en wezen Hof en Gerecht belangwekkende arresten over allerlei materiële en procedurele kwesties. Staatssteun en 'kartelrecht' maken beide deel uit van het Verdragshoofdstuk over 'mededinging'. Hoewel de regels over staatssteun zich tot de lidstaten richten, en het kartelrecht primair op ondernemingsgedrag mikt, en het toepassingsmechanisme grote verschillen kent, is het referentiekader hetzelfde: in beginsel, dit wil zeggen behoudens in het Verdrag genoemde en eventueel in secundaire wetgeving uit te werken uitzonderingen, zijn gedragingen verboden die de mededinging (kunnen) vervalsen en de interstatelijke handel (kunnen) beïnvloeden. Beide onderwerpen spruiten voort uit het beginsel dat de Gemeenschap is gebaseerd op een 'open markteconomie met vrije mededinging', hebben een onvervalste mededinging tot doel en moeten, zoals het Hof en Gerecht al meerdere malen benadrukten, recent nog eens in het RJB Mining-arrest van 31 januari 2001, coherent worden toegepast.

Die laatste zaak betrof de relatie tussen staatssteun en concentratiecontrole. Het Gerecht stelde vast dat de Commissie niet voorbij mag gaan aan de gevolgen van door fusierende ondernemingen ontvangen staatssteun wanneer zij de toelaatbaarheid van de fusie toetst. Zij hoeft niet eerst de uitkomst van de specifieke staatssteunprocedure af te wachten. In casu betrof het de overname voor een DM door Ruhrkohle AG (RAG) van Saarbergwerke AG (SBW), een staatsbedrijf dat geprivatiseerd werd. De Commissie had bij het bepalen van de marktmacht wel rekening gehouden met het feit dat de ondernemingen in het kader van allerlei regelingen voor de steenkolenindustrie staatssteun ontvingen, maar had

in haar beoordeling niet de symbolische overnameprijs betrokken. De beschikking houdende goedkeuring van de concentratie werd nietig verklaard. Immers, de prijs zou staatssteun kunnen vormen indien SBW veel meer waard was. Naar verluidt behoorde aan SBW een prijskaartje te hangen van circa DM 1 miljard. In dat geval zou, volgens het Gerecht, het zeer wel zo kunnen zijn dat de financiële en dus de commerciële macht van RAG door de overname zou worden versterkt. Dat had de Commissie krachtens artikel 66 lid 2 EGKS moeten onderzoeken, en ik heb geen reden om aan te nemen dat de uitkomst onder de Concentratieverordening een andere zou zijn geweest. Volgens ramingen van de Commissie gaat het in de EU jaarlijks om een bedrag in de orde van grootte van 90 miljard euro aan staatssteunsubsidies. Dit plaatst het bedrag in de RIB Mining-zaak in een breder perspectief en toont tegelijkertijd het economische belang van een goed functionerend regime om staatssteun op te sporen, te onderzoeken en te bestrijden door middel van een bevel tot terugvordering aan. Dit is ook de reden waarom de Commissie er bij de kandidaat-lidstaten op aandringt hun stelsels zo snel mogelijk te hervormen. Als voormalige staatseconomieën zijn zij doordrenkt van vooral fiscale maatregelen, gericht op het aantrekken van buitenlands kapitaal en op het in leven houden van niet-levensvatbare bedrijven en sectoren, die na toetreding onverenigbaar zullen zijn met artikel 87 van het EG-Verdrag. De nationale mededingingsautoriteiten in die landen zijn thans belast met de taak het verleden uit te wissen en worden daarbij nauwlettend door de EU op de vingers gekeken. Dat is niet van cynisme ontbloot als men bedenkt hoe losjes sommige EU-lidstaten nog altijd met de regels omspringen, bijvoorbeeld door de aanmeldingsplicht te negeren en bevelen tot terugvordering aan hun laars te lappen.

Een complex onderwerp waar 'staatssteun' en 'kartelrecht' elkaar raken is kruissubsidiëring. Het betreft de problematiek van overheidsbedrijven, of bedrijven die een bijzondere positie genieten, en die vanwege het vervullen van een taak van algemeen belang bepaalde voordelen hebben en tegelijkertijd activiteiten ontplooiën op concurrentiële markten. Er is dan al gauw een risico van

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2001, afl. 5, p. 167-168.

oneerlijke concurrentie, bijvoorbeeld doordat het bedrijf winsten of bedrijfsmiddelen uit het deel van de onderneming dat de voordelen geniet, ter beschikking stelt van de marktactiviteiten. Dit is een oud probleem, dat in 1980 op Europees niveau leidde tot de zogenoemde 'Transparantierichtlijn' die in 2000 is gewijzigd. Ter uitvoering van die wijziging ligt thans een voorstel tot aanpassing van de Mededingingswet bij de Raad van State waarbij de NMa met het toezicht wordt belast. Interessant is dat dit in Nederland kennelijk in de sleutel van gedragsregels en dan met name het 'misbruik van machtspositie' wordt gezet, terwijl de toonzetting van de richtlijn vooral vanuit 'staatssteun' is geïnspireerd.

In het Europese recht zijn er, los van de Transparantierichtlijn, voorbeelden te over van maatregelen die door een gescheiden boekhouding en soms verdergaande maatregelen voor te schrijven, kruissubsidiëring structureel proberen te voorkomen en traceren, zoals sector-specifieke wetgeving op het gebied van telecom, energie en post. Daarnaast zijn er in individuele zaken beschikkingen van de Commissie en arresten van het Hof, met name op staatssteunterrein maar ook in verband met de artikelen 82 en 88 EG-Verdrag zoals recent in de post-sector de beschikking van 20 maart 2001 die een splitsing van Deutsche Post in een monopoliedeel en een 'markt'-deel tot gevolg heeft en het arrest van 17 mei 2001 inzake TNT Traco / Poste Italiane.

Nederland vaart een eigen koers. In het voorjaar van 1997 verscheen het rapport 'Markt en Overheid' van de Werkgroep Cohen. De werkgroep achtte voorkomen beter dan genezen en bepleitte, behoudens in bepaalde uitzonderingsgevallen, een totaal verbod op commerciële nevenactiviteiten door, in essentie, ondernemingen die met het oog op de uitvoering van publieke taken een bijzondere positie hebben verkregen. Direct na het verschijnen van het rapport hebben mr Glazener en ik in een bijdrage in het Financieel Dagblad betoogd dat Nederland met zo'n rigoureuze ingreep zich in de EU in een uitzonderingspositie zou plaatsen en te ver voor de muziek uit zou lopen. Bovendien, zo stelden wij, leiden de voorstellen tot 'omgekeerde discriminatie': buitenlandse (semi-)overheidsbedrijven mogen wel met kruissubsidies en al in Nederland marktactiviteiten (blijven) ontplooiën. Pogingen om dit tegen te gaan zouden wel eens strijdig met het recht van vrije vestiging en dienstverlening kunnen zijn.

Inmiddels zijn we vier jaar verder en ligt er bij de Raad van State een wetsontwerp 'Markt en Overheid' dat regels stelt voor:

- a toetreding tot de markt door overheidsorganisaties, met een adviserende en coördinerende rol voor een in te stellen 'Commissie Markt en Overheid' (niet de NMa dit keer, vermoedelijk omdat het geen gedragstoezicht betreft); en
- b het gedrag op de markt én door overheidsorganisaties én door ondernemingen waaraan bijzondere of exclusieve rechten zijn verleend.

Het verbod van Cohen is dus verdwenen. De gedragsregels voor ondernemingen met een uitsluitend of bij-

zonder recht behelzen onder meer een verbod op kruissubsidiëring, met boekhoudkundige voorschriften om de transparantie te bevorderen. Prima facie is er wel iets te zeggen voor zo'n nieuwe, algemene norm van mededingingsrechtelijke aard die kruissubsidiëring verbiedt, naast de bestaande, gefragmenteerde normen van 'staatssteun' en 'misbruik van machtspositie'. Maar het probleem is nog steeds dat wij niet op een eiland leven: het verbod zal niet verhinderen dat bijvoorbeeld een Duits of Belgisch (semi-) overheidsbedrijf al kruissubsidiërend de Nederlandse markt bestormt. Wellicht een goede zaak voor de Nederlandse consument, maar niet voor de Nederlandse concurrenten die zelf aan de ketting liggen. U zult er in dit tijdschrift meer over lezen zodra er meer duidelijkheid ontstaat over de precieze inhoud van het wetsontwerp.

Redactioneel

Verzelfstandiging*

Tijdens het schrijven van dit redactioneel is de Tweede Kamer, met een kleine concessie van de minister met betrekking tot de Dte, akkoord gegaan met omvorming van de NMa, of beter gezegd van een nieuw te vormen 'Raad van Bestuur', tot zelfstandig bestuursorgaan. Een toe te juichen stap. Het was een hele bevalling voor een wetje dat niet meer beoogt dan de individuele aanwijzingsbevoegdheid van de minister met de Mededingingswet (Mw) te schrappen. Een bevoegdheid die nooit is gebruikt, hetgeen op zich natuurlijk geen reden is deze dan ook maar te laten vallen.

De PvdA eiste de eer op voor het wetsvoorstel, dat een uitvloeisel zou zijn van een motie van die partij bij de behandeling van de Mw, maar deed er tegelijkertijd alles aan het te saboteren, met als argument dat '[...]voorkomen moet worden dat de NMa een beladen orgaan wordt'. Welnu, wat meerdere partijen wilden bereiken is dat na verzelfstandiging de minister de mogelijkheid zou behouden aanwijzingen te geven in die gevallen waar niet-economische belangen zwaarder wegen dan economische criteria. Een veelvuldig gehanteerd voorbeeld betreft een, ik neem aan hypothetisch, kartel van vroedvrouwen (abusievelijk in het wetgevingsoverleg ook wel 'kraamvrouwen' genoemd): de NMa zou zo'n overeenkomst op basis van puur economische criteria wellicht willen verbieden, terwijl het publieke belang juist toelating vergt. In die situatie zou de minister de NMa moeten kunnen overrulen. Dit en andere in de Kamer genoemde voorbeelden, allemaal op het terrein van de volksgezondheid, cultuur, landbouw, openbaar vervoer en media, geven aan dat juist een aanwijzingsbevoegdheid van de minister ter waarborging van het algemeen belang, de NMa tot een 'beladen orgaan' zou maken. Een orgaan, dat voortdurend op de vingers gekeken wordt door een minister die onder druk staat van lobbygroepen, Kamerleden en bedrijven, inbegrepen die waar de overheid belangen in of bij heeft. Dat neemt niet weg dat men Kamerleden niet kan verwijten dat zij zich maatschappelijke belangen aantrekken,

inbegrepen die op het terrein van markt en mededinging. Vrije markten met moordende concurrentie zijn voor veel sectoren geen zaligmakend model, zoals een ieder in de VS kan constateren. De zorgen mogen juist zijn, doch dit staat los van de verzelfstandiging van de NMa. In de eerste plaats kan de NMa zelf, onder toezicht van de rechter, allerlei belangen, zoals bijvoorbeeld de bescherming van het milieu mee laten wegen bij de beoordeling of bepaalde overeenkomsten in aanmerking komen voor een ontheffing. In de tweede plaats behouden de ministers de bevoegdheid algemene aanwijzingen of beleidsregels te geven. Last but not least is er altijd de mogelijkheid daar waar dit nodig wordt geacht in generieke of specifieke wetgeving ordeningspolitiek, mededingingsbeleid in ruime zin, te bedrijven op een wijze die recht doet aan het publieke belang dat in een bepaalde sector of ten aanzien van een bepaalde beroepsgroep bescherming verdient. Het 'kamermodel' kan daar een rol in spelen: naast de Dte is er al een 'Vervoerkamer' en gesproken wordt over een 'Onderwijskamer'. Een 'Kraamkamer', om recht te doen aan de in het wetgevingsoverleg gesignaleerde bijzondere positie van vroedvrouwen, is misschien een volgende stap. Bij het verschijnen van dit nummer is de evaluatie van de bepalingen Mw, en de concrete toepassing daarvan, in volle gang. Vermoedelijk dit najaar zal er in de Tweede Kamer over worden gedebatteerd waarbij ongetwijfeld sommige partijen het thema van de waarborg van publieke belangen weer van stal zullen halen; een daartoe strekkende motie is aangenomen. Te hopen valt dat dit onderwerp, hoe belangwekkend ook, niet allesoverheersend zal zijn en dat, voorts, men zich realiseert dat de ruimte voor eigen wetgeving en beleid in Nederland beperkt is. Mede in het licht van de moderniseringsvoorstellen van de Commissie is het belang van convergentie van mededingingsrecht en mededingingsbeleid nog groter dan in 1997 toen de Mw op Europese leest werd geschoeid. Vanzelfsprekend zal dit tijdschrift in een later nummer aandacht besteden aan de evaluatie.

Het nieuwe bestuursmodel van de NMa, een driehoofdige raad van bestuur als besluitvormend uitvoeringsorgaan, zal naar alle waarschijnlijkheid operationeel zijn op het moment dat over de evaluatie wordt gedebatteerd.

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2002, afl. 2, p. 41-42.

De minister denkt aan een voorzitter met daarnaast een portefeuillehouder voor het algemene mededingingsrecht en een portefeuillehouder voor sectorspecifieke uitvoeringstaken, verantwoordelijk voor de verschillende kamers. Een bredere spreiding van taken over alle drie de leden, in plaats van een concentratie van kennis (en macht), valt wellicht te prefereren om de collectieve verantwoordelijkheid van beleid en management beter gestalte te geven. Welk model men ook kiest, van het grootste belang voor de verdere ontwikkeling van het mededingingsbeleid en voor de positie van Nederland in het zich ontwikkelende netwerk van nationale mededingingsautoriteiten, zal zijn dat de kwaliteit van de leden boven elke twijfel verheven is. Politiek geïnspireerde benoemingen dienen uit den boze te zijn.

Op de verschillende in de Tweede Kamer aangenomen amendementen leidend tot wijziging van de Mw zullen wij in een komend nummer nader ingaan. Vermeldenswaard is de wijziging op procedureel gebied inhoudende dat, eenvoudig gezegd, de bezwaarschriftfase zal kunnen worden overgeslagen als de NMa daarmee akkoord is. Eveneens van procedurele aard is dat fatale termijnen zullen gelden voor de behandeling van ontheffingsverzoeken, vergelijkbaar met de regeling van de artikelen 37 lid 1 en 44 lid 1 in het geval van concentratiecontrole. Europees recht kent in het geheel geen termijnen, met als gevolg dat aanmeldingen jaren blijven liggen. Voor de rechtszekerheid is dat principieel een slechte zaak; in de praktijk komt evenwel ook voor dat partijen niet echt geïnteresseerd zijn in een formeel of informeel standpunt. Hoe dan ook, denkbaar is dat bij implementatie van de moderniseringsvoorstellen deze problematiek geheel van tafel is.

Redactioneel

Evaluatie van de Mededingingswet; een gemiste kans*

Al eerder werd opgemerkt dat de timing van de evaluatie van de Mededingingswet ongelukkig is. De evaluatie kwam als mosterd na de maaltijd voor het parlementaire debat over de 'opwaardering' van de status van de NMa tot zelfstandig bestuursorgaan¹, zij komt te vroeg wanneer het gaat om de beoordeling van de rol van de NMa als 'cartel buster'. Ten tijde van de evaluatie had de NMa haar tanden nog nauwelijks laten zien. Inmiddels krijgt de NMa in het kader van de parlementaire enquête naar de 'bouwfraude' volop negatieve publiciteit vanwege haar gebrek aan slagvaardigheid bij de opsporing van kartels in de bouwsector. Die negatieve beeldvorming valt ten dele toe te schrijven aan de licht tendentieuze berichtgeving rond de enquête, maar is ook wanneer zij is ontdaan van de uitvergroting door de media zorgwekkend te noemen. Maar ook qua inhoud doet de evaluatie de wenkbrauwen fronsen. De evaluatie heeft alle kenmerken van een van hogerhand strak geregisseerde rituele exercitie: zij bevat geen enkele verrassende conclusie. Bovendien draagt zij ook nog alle kenmerken van een slordige haastklus, waarvan de talrijke storende taalfouten in het eindrapport slechts één uiting vormen.

De evaluatie is neergelegd in een synthesesrapport van (slechts) 64 pagina's. Dit bondige rapport beoogt een synthese te geven van de inhoud van een zestal deelrapporten², die over het algemeen juist uitmunten door een gebrek aan bondigheid. De deelrapporten gaan over een

samenraapsel van onderwerpen, waarvan sommige voor de hand liggen – zoals het juridisch deelonderzoek en het onderzoek naar de efficiency van het apparaat van de NMa – en andere in het geheel niet, zoals het rapport over het deelonderwerp afbakening van de relevante markt en het rapport marktwerking en ICT. De wijdlopiegheid van de meeste deelrapporten draagt ertoe bij dat slechts weinigen – en al helemaal niet de Haagse beleidsmakers – het totaalproduct van de evaluatie tot zich zullen nemen; het is eenvoudig te dik en te weinig coherent. Anderzijds is het synthesesrapport dermate kort door de bocht en summier – en zijn de 'eigen' conclusies van de consultant dermate weinig doordacht – dat dit geen inspirerende basis kan vormen voor? Voor wat eigenlijk: aanpassingen van de wetgeving, herziening van de rechterlijke organisatie, uitbreiding van het ambtelijk apparaat?

Wie wél de moeite neemt om zich door de rapporten te worstelen, bekruipt herhaaldelijk de vraag wat nu eigenlijk het doel van de evaluatie is; het vizier staat alle kanten op. Het zeer uitvoerige juridische deelonderzoek geeft een inventarisatie van tal van standpunten over tal van inhoudelijke en procedurele onderwerpen. De keuze van de onderwerpen maakt een enigszins willekeurige indruk; ongetwijfeld mede te wijten aan de grote haast waarin het moest worden opgetuigd en uitgevoerd. Hoewel omvangrijk en op degelijke wijze onderbouwd, is het rapport ook weer niet compleet te noemen. Wezenlijke en kwetsieuze onderwerpen zoals het prijstoezicht door de NMa onder vigeur van artikel 24 Mw blijven onbesproken (hoewel er merkwaardigerwijs wel een van de slotaanbevelingen aan wordt gewijd). Ook op het functioneren van de groepsvrijstellingen en de door de NMa – vóór de aanvang van de evaluatie – uitgevaardigde beleidsregels wordt niet of nauwelijks ingegaan. Dat neemt niet weg dat het juridische deelrapport veruit de grootste toegevoegde waarde heeft van alle rapporten. Het hoofdstuk 'conclusies' is vele malen lezenswaardiger dan het synthesesrapport. Wij plaatsen er enkele verspreide kanttekeningen bij.

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2002, afl. 7, p. 213-218 en is geschreven met mr. P.V.F. Bos, prof. dr. E.E.C. van Damme, prof. mr. B.M.J. van der Meulen, mr. E.H. Pijnacker Hordijk, mr. P.M.A.L. Plompen en prof. mr. F.O.V. Vogelaar.

1 In het kader waarvan de Tweede Kamer en passant enkele bizarre amendementen heeft aangenomen zoals het introduceren van fatale beslistermijnen bij ontheffingsverzoeken en een onpraktische hybride regeling voor bezwaarprocedures.

2 Te weten: (i) een onderzoek naar de effectiviteit van een tiental NMa-besluiten, (ii) een onderzoek naar de effecten voor het MKB, (iii) een juridisch onderzoek, (iv) een onderzoek naar de afbakening van relevante markten, (v) een onderzoek naar de gevolgen van ICT en (vi) een onderzoek naar de doelmatigheid van de bestuursrechtelijke handhaving.

Allereerst het materieelrechtelijke deel. De auteurs houden een uitvoerig pleidooi contra het bestendigen van de wettelijke exceptie van artikel 16 Mw (uitzondering voor gedragingen die aan goedkeuring van de overheid uit anderen hoofde zijn onderworpen). Aan de auteurs kan worden tegengeworpen dat de tijd (nog) lang niet rijp is om de reikwijdte van de Mededingingswet nog verder op te rekken dan thans het geval is. De zijdens de NMa kennelijk uitgesproken wens om te komen tot een uitbreiding van onderzoeksbevoegdheden, wordt door de auteurs terecht met de nodige reserve tegemoet getreden. Het rapport is zeer summier waar het de handhavingspraktijk van de NMa betreft. Dat heeft ongetwijfeld te maken met het geringe aantal besluiten van de NMa op dit punt, maar de auteurs hadden hier wel enige vraagtekens kunnen plaatsen. De auteurs maken zich grote zorgen over het beweerd tekortschieten van de civielrechtelijke handhaving van de Mededingingswet. Wij delen die zorg maar in beperkte mate. Wij komen daar nog op terug.

Het bestuursrechtelijke deel is geschreven door bestuursrechtsspecialisten. Dat heeft het voordeel dat dwarsverbanden kunnen worden getrokken met andere terreinen van het bestuursrecht (bijvoorbeeld het milieurecht) die voor specialisten in het mededingingsrecht vaak *terra incognita* zijn. Ons inziens hadden echter nog wat meer dwarsverbanden mogen worden getrokken met andere terreinen van het economische publiekrecht, waar zich vaak vergelijkbare problemen voordoen als bij het mededingingsrecht in enge zin. De auteurs keren zich tegen het uiterst ondoordachte bij wetsamendement geïntroduceerde voorstel om fatale termijnen te introduceren voor de behandeling van ontheffingsverzoeken. De NMa zal de fatale tijdsclém slechts kunnen pareren door het verlenen van ontheffingen voor zeer korte periodes, het stellen van onnodige vragen om tijd te winnen, en het ongemotiveerd afwijzen van ingewikkelde maar valabele ontheffingsverzoeken. Hiermee is ook de justitiabele niet gediend. Merkwaardig is dat de bezwaren tegen de bezwaarschriftprocedure zo weinig uit de verf komen. Wreekt zich hier toch een te grote Awb-mindedness van de auteurs? De auteurs plaatsen enkele kritische kanttekeningen bij de procesgang bij de Rotterdamse rechtbank in beroepsprocedures. Ons inziens hadden die kanttekeningen wel iets steviger mogen zijn aangezet. De beroepsprocedures blijken in de praktijk vaak moeizaam en stroperig te verlopen.

Tot zover het juridische deelrapport. Bepaald merkwaardig is het deelrapport naar de effectiviteit van de Mededingingswet. Nu is het uiteraard een helse opgave om de effectiviteit van een wet te toetsen. Dat geldt te meer wanneer de wet in kwestie een breed toepassingsbereik heeft en bovendien pas betrekkelijk kort van kracht is. Hoe moet je dat nu evalueren? De oplossing heet evaluatie van 'case studies'. Het NEI heeft tien zaken geselecteerd waarin de NMa besluiten heeft genomen; vijf fusiecontrolezaken, vier zaken over samenwerkingsverbanden en één over misbruik van een economische machtspositie. De analyse van de tien – anoniem gehouden – 'cases' leidt onder meer tot de verhelderende bevinding dat de Mededingingswet de concurrentie heeft bevorderd doordat de NMa een bepaald samenwerkingsverband – het gaat hier ongetwij-

feld weer eens over *Interpolis-Cobac* – heeft goedgekeurd. Dit snijdt geen hout. Zonder Mededingingswet was het samenwerkingsverband er uiteraard ook gekomen. Daarnaast ligt het in de rede dat de totstandkoming van het mededingingsbevorderende samenwerkingsverband juist is vertraagd door (de toepassing van) de Mededingingswet: de NMa heeft er bijna tien maanden voor nodig gehad om tot een positief oordeel te komen. De analyse van de tien andere 'cases' is even nietszeggend. De analyse van de misbruikcasus is niet te plaatsen: volgens de onderzoekers zou als gevolg van ingrijpen door de NMa een toegangsbarrière zijn weggenomen met als gevolg dat nieuwe aanbieders tot de markt zouden zijn togetreden en de prijzen verlaagd. Voorzover wij kunnen overzien is er geen enkele werkelijke zaak die aan deze omschrijving beantwoordt.³ Daarnaast geldt dat het wegnemen van toegangsbarrières geen doel op zich is; (juist) ook in de context van artikel 24 dient dit belang te worden afgewogen tegen andere belangen.⁴ Aandacht verdient nog wel de evaluatie van enkele fusiecontrolezaken, waar de onderzoekers concluderen dat de ontwikkelingen binnen de markt zelf meer invloed hebben gehad op de mededingingsverhoudingen dan door de NMa afgedwongen 'remedies'. Dit doet de vraag rijzen of het fusietoezicht niet aan zijn doel voorbij is geschoten. Ons inziens is dit echter even moeilijk te meten, en is een veel diepgravender onderzoek nodig alvorens hierover iets plausibels kan worden gesteld.

Veel interessanter is de in het onderzoek überhaupt niet behandelde vraag in hoeverre van het nationale fusietoezicht in de praktijk een preventieve werking uitgaat in die zin dat ondernemingen van machtspositievormende concentraties afzien nog voordat het formele meldingstraject wordt ingeslagen. Kort en goed: naar onze mening heeft een onderzoek als het onderhavige geen meerwaarde. De methodiek van het onderzoek is twijfelachtig en de uitkomsten zijn nietszeggend. Bovendien is er überhaupt geen sprake van dat de uitgangspunten van de mededingingswetgeving weer ter discussie zouden kunnen worden gesteld (tenzij men de convergentie met het Europese mededingingsrecht zou willen loslaten). Wat (te zijner tijd) mogelijk wel interessant kan zijn, is om voor een aantal concrete fusiecontrolezaken enkele jaren na dato na te gaan hoe de werkelijke ontwikkeling van de markt zich verhoudt tot de inschatting die de NMa daarvan ten tijde van de beoordeling van de fusie heeft gemaakt. Binnen die context zouden ook de eventueel getroffen 'remedies' op hun effectiviteit kunnen worden beoordeeld. Dat vereist dan wel een meer doorwrochte aanpak dan in het onderhavige deelonderzoek aan de dag is gelegd.

Bijna even merkwaardig is het deelonderzoek naar de afbakening van de relevante markt. Men kan zich allereerst afvragen waar dit onderzoek – dat een hoog scrip-

3 Of het zou de zaak KPN/Denda moeten zijn, maar die is uiteindelijk door OPTA afgedaan. De NMa is na een voorlopig oordeel d.d. 14 december 1998 uitgestapt. Tegen het eindoordeel van OPTA is bovendien nog beroep aanhangig. De benadering van OPTA/NMa is, tot slot, inhoudelijk bepaald niet onaanvechtbaar.

4 Als voorbeeld kan worden genoemd octrooibescherming; octrooiverlening beperkt de toegang tot de markt voor derden, maar bevordert innovatie.

tiegehalte heeft – toe dient. Afbakening van markten vormt een belangrijke component van de mededingingsrechtelijke analyse in de fusiecontrole- en misbruikzaken. Het vormt veelal het startpunt, maar iedere beoefenaar van het mededingingsrecht weet dat de beoordeling van marktmacht geenszins uitsluitend afhankelijk is van de uitkomst van een marktafbakeningsexercitie. Waarom dan toch een volledig deelonderzoek naar het vraagstuk van marktafbakening? Vervolgens kan men zich afvragen wat de onderzoekers nu eigenlijk voor ogen stond. Zo wordt in het rapport veel aandacht besteed aan kritiek vanuit economische hoek op de (in theorie althans) thans in zwang zijnde SSNIP-test om uiteindelijk te concluderen dat deze test uiteindelijk zo slecht nog niet is. Dat terwijl de werkelijkheid is dat de test in de praktijk nauwelijks toepasbaar blijkt; het is een startpunt om de gedachten te ordenen en zelden meer dan dat. De relevantie van deze exercitie voor de evaluatie van de Mededingingswet is onduidelijk (tenzij men überhaupt de convergentie met het Europese mededingingsbeleid, dat ook zweert bij de SSNIP-test, in de waagschaal zou willen stellen). Even onduidelijk is de relevantie van het kwantitatieve onderzoek dat uitwijst dat slechts in een kleine minderheid van de fusiecontrolebesluiten een met inhoudelijke economische argumenten onderbouwde motivering van de marktafbakening wordt gegeven. Eenieder die zich met de mededingingspraktijk bezighoudt, weet toch dat de marktafbakening in het overgrote deel van de gevallen er niet toe doet omdat bij voorbaat duidelijk is dat nimmer van een machtspositie sprake zal kunnen zijn. Daarnaast bevat het deelrapport enkele storende vergissingen en misconcepties die afbreuk doen aan de geloofwaardigheid ervan. We noemen er enkele. Op pagina 13 van het deelrapport wordt gesteld dat in de Nederlandse Mededingingswet, in tegenstelling tot het EG-systeem, ‘niet (wordt) gewerkt met markaandeeldrempels, maar louter met omzetc drempels’. Het is duidelijk dat de auteurs hier jurisdictiecriteria verwarren met criteria die bij de inhoudelijke beoordeling een rol spelen. En wat moet men met de stelling ‘dat het beleid ten aanzien van fusies aanzienlijk minder streng is dan ten aanzien van overeenkomsten [...]’. Er is echter geen economisch-theoretische reden die deze verschillende behandelingen zou kunnen verklaren? Het lijkt weinig zinnig om in een uithoek van de evaluatie van de Mededingingswet een pleidooi te voeren voor een even ‘streng’ beoordeling van concentraties als van kartelafspraken (of omgekeerd), nog daargelaten dat er uiteraard ook vanuit economisch-theoretische hoek van alles te zeggen valt pro een onderscheiden benadering. In het slothoofdstuk wordt een poging gedaan enkele verschillen in kaart te brengen tussen het Europese, het Nederlandse, het Amerikaanse en het Britse systeem. Dit hoofdstuk houdt slechts in zeer beperkte mate verband met de rest van het rapport. De boodschap is niettemin helder: de Amerikanen en de Britten zouden verder zijn gevorderd met het toepassen van economische technieken en inzichten dan de rest. Die bevindingen blijken hoofdzakelijk te zijn gebaseerd op impressies uit gesprekken, interviews in media en enig literatuuronderzoek. Wanneer men dan stellingen leest als ‘in het Nederlandse en

Europese mededingingsrecht zijn geen mogelijkheden opgenomen om als derde partij een schadevergoeding te eisen’ krijgt de lezer een onbedwingbare aandrang om het rapport terzijde te leggen.

Dan nu het syntheserapport. Als gezegd is dit een collage van elementen ontleend aan de diverse deelrapporten. Op geen enkel moment ontstaat de indruk dat de rapporteur het geheel daadwerkelijk overziet.

Het eerste onderwerp dat dit rapport aansnijdt is de effectiviteit van de drie kernartikelen. Ten aanzien van het kartelverbod lezen we bijvoorbeeld het volgende: ‘Het kartelverbod is dus effectief als de toepassing ervan op bestaande kartels leidt tot een verbetering van de effectieve concurrentie. Voor de toepassing van het verbod op voorgenomen kartels, door middel van de ontheffingsprocedure, zou dit moeten leiden tot een continuering van de bestaande mate van concurrentie of een verbetering.’ Een belangwekkende stelling. Het venijn zit in de staart: ‘Ook kunnen we constateren dat er bij bepaalde politieke en maatschappelijke actoren sterke vermoedens bestaan dat er in bepaalde sectoren ondanks het van kracht worden van de M-wet nog steeds (illegale) kartels bestaan. Belangrijk is dat het hier om vermoedens en (vooralsnog) niet om feiten gaat. Ook is hier van belang dat we met betrekking tot deze vermoedens niet kunnen vaststellen of deze vermeende kartels nog steeds bestaan, omdat de M-wet niet toereikend genoeg is om het kartelverbod te handhaven of omdat de M-wet nog niet op voldoende intensieve manier is gehandhaafd’.

Wij zouden menen dat dit nu juist datgene is wat in het kader van de evaluatie had moeten worden onderzocht. Overigens hebben wij er wel gedachten over. Naar ons oordeel heeft het niets te maken met het ontbreken van bevoegdheden, maar alles met het ontbreken van voldoende menskracht en het leggen van de prioriteit bij het afhandelen van de ontheffingsverzoeken. Daarnaast lijkt het erop dat de NMa zich in haar prioriteitsstelling heeft laten leiden door het ‘politieke’ streven om liever snel en zichtbaar op te treden in relatief onbelangrijke zaken, met name in ‘beschermde’ sectoren, dan de tanden te zetten in moedwillige – en dus goed verborgen – overtredingen. Anders valt niet goed te begrijpen waarom prioriteit is gegeven aan het optreden tegen de Bredase notarissen en het verbod van ‘no cure no pay’⁵ bij advocaten. Aan de opstellers van het syntheserapport lijkt dit allemaal echter niet besteed.

Dan de tweede kernbepaling, het verbod van misbruik van machtspositie. Hier wordt gesteld dat de eerdergenoemde ‘*casestudy*’ – waarvan de rapporteur zegt de representativiteit niet te kunnen beoordelen – de zwakte van artikel 24 Mededingingswet laat zien. Het kan in praktijk moeilijk zijn ongewenst gedrag voldoende helder te omschrijven en bij te sturen. Dat, zo lijkt de stelling, geldt temeer waar het artikel het bestaan van machtsposities niet aantast. Wat moet de lezer hiermee?

Elders in het rapport wordt een balletje opgeworpen voor het invoeren van lichte vormen van *ex ante* toezicht ten aanzien van ondernemingen met een economische

5 Zie hierover ook het juridische deelrapport, p. 90.

machtspositie. Te denken valt, aldus de rapporteur, aan eisen met betrekking tot transparantie van de boekhouding die het constateren van eventueel toekomstig misbruik moeten vergemakkelijken. De rapporteur stelt voor een nader onderzoek in te stellen, en noemt *en passant* een aantal onderzoeksvragen die borg staan voor een uiterst wijdlopieg onderzoek. Naar onze mening is voor dergelijke vormen van *ex ante* toezicht binnen het algemene mededingingsrecht geen plaats. De gedachte dat een onderneming die op een willekeurige markt in een willekeurige periode een machtspositie bekleedt opeens een aanwijzing kan krijgen om een op totaal andere leest geschoeide boekhouding te gaan voeren, lijkt contraproductief alleen al omdat het innovatie zou kunnen ontmoedigen. Onderwerpen als de onderhavige kunnen uitsluitend aan de orde komen in sectorspecifieke wetgeving, en dan nog geldt dat de wetgever zich uiterst terughoudend zal hebben op te stellen: de monopolist van vandaag is al snel de economische paria van morgen, en een te strak regulerend keurslijf zal de potentiële paria eerder ont- dan aanmoedigen om zich tot een 'normale' onderneming te ontwikkelen.

Over de effectiviteit van het derde luik – concentratiecontrole – wordt inhoudelijk niet veel gezegd. Op grond van de 'case studies' worden vraagtekens gezet bij de effectiviteit van 'remedies'. Ook dit levert geen nieuwe inzichten op. Verderop in het rapport worden nog enkele kanttekeningen geplaatst bij het feit 'dat het in de eerste jaren wel eens voorkwam dat partijen (...) vragen aan elkaar (sic!) stelden met de bedoeling de procedure stil te zetten om hiermee tijd te winnen'. Dat zou dankzij het vonnis van de Rotterdamse rechtbank in de *Wegener*-zaak inmiddels grotendeels achterhaald zijn. Waarvan akte. Wezenlijke zaken komen niet aan de orde.

In de marge van het rapport wordt nog vermeld dat het tijd wordt het regime voor de beoordeling van coöperatieve joint ventures aan te passen aan het Europese. Ook zou de Mededingingswet moeten worden aangepast om verbintenissen in de meldingsfase formeel mogelijk te maken. Dit zijn – aan het juridisch deelrapport ontleende – concrete voorstellen die zonder terughouding kunnen worden omhelsd.

Het volgende hoofdstuk is getiteld 'bestuursrechtelijke handhaving', maar gaat daar niet over. Dit hoofdstuk kan worden overgeslagen. Het hoofdstuk over 'vrijwillige naleving' bevat onder meer de belangwekkende constatering dat 'de bekendheid met de inhoud van de M-wet [...] behoorlijk [blijkt] te zijn, hoewel die minder is dan de bekendheid met het bestaan van de M-wet'. Is de lezer ooit gestuit op een wet waarvoor het omgekeerde geldt? Belangrijk is niettemin dat alles erop duidt dat de Mededingingswet in veel sectoren heeft geleid tot een cultuuromslag. In bepaalde sectoren lijkt dat anders te zijn. Die sectoren zouden veelal tot het MKB behoren. De vraag is in hoeverre dit bezwaarlijk is. Ondervindt iemand er reëel nadeel van wanneer een kappersorganisatie kleine bedrijfjes adviseert over jaarlijkse prijsaanpassingen in het licht van gestegen kosten?

Dan volgt het hoofdstuk over civielrechtelijke handhaving. Wat stellen de rapporteurs? 'We concluderen dat de civielrechtelijke handhaving onvoldoende van

de grond is gekomen. Hiervoor zijn enkele met elkaar samenhangende verklaringen, namelijk de relatief geringe deskundigheid van de rechterlijke macht en het relatief grote aantal schikkingen'. Nog daargelaten dat de gestelde samenhang onbegrijpelijk is en het beweerdelijk grote aantal schikkingen veeleer duidt op een levendige civielrechtelijke handhavingspraktijk, is de – op zich veel wezenlijker – vraag of het met de civielrechtelijke handhaving structureel niet in orde zou zijn. Volgens ons is deze stelling veel te boud. Op zich is het een feit dat er een of enkele kortgedinguitspraken zijn geweest die de kwalificatie 'misslag' niet zou misstaan. Maar het aantal kortgedingen waarin procespartijen onhoudbare stellingen betrekken is veel groter. Dat is trouwens niets nieuws; er is immers al bijna 40 jaar ervaring met de toepassing van het Europese mededingingsrecht door de nationale rechter. Het kort geding leent zich slecht voor ingewikkelde zaken, en een voorzieningenrechter die summier of onvoldoende overtuigend wordt voorgelicht, zal een zaak al snel als te ingewikkeld kwalificeren. Dat er nog weinig schadevergoedingszaken zijn te rapporteren, mag al helemaal geen verbazing wekken. Als na 40 jaar Europese kartelpraktijk het aantal schadevergoedingszaken beperkt is, ligt niet in de rede dat vier jaar Nederlandse praktijk opeens een omwenteling genereert. Om dit alles op het conto te schrijven van een falende rechterlijke macht is niet erg overtuigend. Het is gewoon nog veel te vroeg.

Dit alles laat overigens onverlet dat specialisatie binnen de rechterlijke macht een onderwerp is dat in een breder kader aandacht behoeft. Het moderne economische publiekrecht wordt steeds ingewikkelder en veelomvatter. De behoefte aan meer specifiek in het economisch publiekrecht – met inbegrip van het aanbestedingsrecht en het energierecht – geverseerde (voorzieningen)rechters is groot. Het uitgangspunt dat iedere jurist onbeperkt inzetbaar moet zijn, is ook binnen de rechterlijke macht niet langer van deze tijd. De 'olifant in porseleinkast'-benadering van het Evaluatierapport zet dit op zich zinvolle debat op voorhand in de verkeerde sleutel.

Ondertussen dient men zich wél ernstige zorgen te maken over de (bestuursrechtelijke) handhaving van de Mededingingswet. De conclusie dringt zich op dat het hier – mede als gevolg van de door velen als nutteloos ervaren bezwaarprocedure – allemaal veel te lang duurt. De Rotterdamse rechtbank lijkt structureel overbelast. Procedures ontaarden in eindeloze procedurele schermutselingen over de samenstelling van het dossier: de regeling van artikel 8:29 Awb moet in alle mogelijke bochten worden gewrongen om in de praktijk werkbaar te zijn; in de eerste boetezaak van de NMa is het wachten nog altijd op een rechterlijke uitspraak in eerste aanleg. Om over hoger beroep bij het CBB nog maar te zwijgen. Tegen deze achtergrond is de in het evaluatierapport gememoreerde suggestie om alle mededingingszaken – ook civiele – bij de Rotterdamse rechtbank te concentreren op dit moment niet opportuun; die rechtbank zal eerst meer ervaring moeten opdoen en zich moeten bewijzen als gespecialiseerde rechtbank in economischrechtelijke aangelegenheden. Een ander kwetsiek punt in het syntheserapport betreft de bespreking van de opsporingsbevoegdheden

van de NMa. Die zouden volgens de rapporteur onvoldoende zijn. De NMa zou gehandicapt zijn door het feit dat zij geen algemene onderzoekingsbevoegdheid heeft. Daarnaast zou de NMa de bevoegdheid moeten hebben om huiszoeking te doen bij functionarissen van ondernemingen. Blijkens de achterliggende stukken – met name het juridische deelrapport – zijn deze bevindingen van de rapporteur uitsluitend gebaseerd op klachten van NMa-ambtenaren. Dat lijkt ons onvoldoende basis om nu al tot wetswijziging te concluderen. Eerst in het laatste jaar begint de NMa in toenemende mate van haar onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken, en aarzelt niet om de grenzen van haar bevoegdheden uit te proberen. De praktijk bevestigt niet dat NMa-toezichthouders menen geen bevoegdheid tot onderzoeken te hebben. In de eerste zaken waarin de omvang van de onderzoeksbevoegdheden aan de orde zijn, is nog geen uitspraak gedaan. Laten we eerst het oordeel van de rechter afwachten. Iets anders is huiszoeking. Het komt ons niet aannemelijk voor dat de NMa door het ontbreken van het huiszoekingsrecht daadwerkelijk in haar onderzoeksmogelijkheden wordt gefrustreerd. Ondernemingsdocumenten over verboden gedragingen zullen uiteraard alleen maar in woningen worden bewaard zolang er een verbod op huiszoeking bestaat. Wanneer dat wordt opgeheven zullen andere bewaarplaatsen worden gekozen. De extra bevoegdheid zal dan weinig opleveren. Daartegenover staat vast dat een huiszoeking een buitengewoon grove en ingrijpende inbreuk op het recht van onschendbaarheid van de woning vormt. Kortom: laten we met zijn allen eerst maar eens wat meer ervaring opdoen met de werkwijzen van de NMa, en met de rechterlijke toetsing van de uitoefening van die bevoegdheden,⁶ alvorens een eventuele herijking van de wettelijke onderzoeksbevoegdheden op de agenda te plaatsen. Over naar het hoofdstuk over de doelmatigheid van de handhaving van de Mededingingswet. Dit bevat diverse passages die eerder in een jaarverslag van de NMa thuishoren dan in een serieus evaluatierapport. Wat te denken van de navolgende passage? ‘Uit het zeer geringe aantal gegronde bezwaarschriften en het ontbreken van gegronde beroepszaken, mogen we afleiden dat NMa erin is geslaagd besluiten van een hoge juridische kwaliteit af te leveren. Voorts blijkt uit een “klanttevredenheids”-onderzoek dat NMa een voldoende betrouwbaar en degelijk imago heeft weten op te bouwen en alom bekendheid geniet’. Stel je voor dat de NMa in bezwaar een aanzienlijk groter aantal eigen beslissingen zou moeten herzien. En wat zegt het ontbreken van geslaagde beroepszaken als er nog nauwelijks beroepszaken, laat staan in hoogste instantie, zijn beslist? Dit is alles moeilijk serieus te nemen. Het ‘klanttevredenheids’-onderzoek ging niet over inhoudelijke zaken.

Een alinea hoger wordt gesteld dat de NMa binnen ruim vier jaar alle ontheffingsverzoeken onder het overgangsregime heeft weten af te handelen. De rapporteur heeft zich ook nog laten influisteren dat de Zweedse autoriteiten er indertijd wel vijf jaar voor nodig hadden, en de

Ierse maar liefst acht. Fijn, maar intussen is een feit dat de NMa nog niet alle ontheffingsverzoeken heeft afgehandeld. De vijf jaar van Zweden komen alras in zicht.

Voor de goede orde: het bovenstaande is slechts een bloemlezing. Het grote probleem is dat het evaluatierapport geen enkele gedachte bevat die boven het maai-veld uitsteekt. Tevergeefs zal men zoeken naar een algemene plaatsbepaling van het mededingingsbeleid binnen het algemene economische beleid, naar beschouwingen over de positie van de NMa als ambtelijke dienst, als ZBO of anderszins, over de rol van het Ministerie van Economische Zaken als wetgever (groepsvrijstellingen) en beleidsmaker, over de taakverdeling tussen Brussel en Den Haag, over con- en divergenties ten opzichte van het Europese mededingingsrecht, over de mogelijke implicaties van de ophanden zijnde revolutie van het procedurele regime op EG-niveau, enzovoorts. Aan de verhouding tussen algemeen en sectorspecifiek mededingingsbeleid wordt slechts summier aandacht besteed. De passages over de ‘proactieve’ handhaving van het kartelverbod vervagen in het licht van de schijnwerpers van de parlementaire enquête. De bestaande groepsvrijstellingen en beleidsregels zijn niet (merkbaar) geëvalueerd. Juist waar er nog zo weinig is om op terug te kijken, had de evaluatie moeten worden aangegrepen om een blik vooruit te werpen. In dit licht valt het te betreuren dat het opdrachtgevend Ministerie van Economische Zaken de evaluator naar verluidt uitdrukkelijk verboden heeft de mogelijke impact van het Brusselse moderniseringsprogramma in ogenschouw te nemen.

Tot zover de bespreking van dit allegaartje. Het moge duidelijk zijn, deze evaluatie heeft weinig opgeleverd. Had het ook anders gekund? Wij menen van wel. Het was mogelijk geweest om een kleine denktank van deskundige juristen, economen en bestuurskundigen in onderlinge samenspraak een samenhangende inventarisatie te laten maken van mogelijke aandachts- en pijnpunten, om deze vervolgens op systematische wijze aan een nader onderzoek te onderwerpen. Maar dan nog was een dergelijke evaluatie te vroeg gekomen. In politieke kringen blijkt het steeds moeilijker om de lange termijn in het vizier te houden. De ontwikkeling van een solide nationaal mededingingsbeleid is echter bij uitstek een zaak van lange adem. Het is nog veel te vroeg voor een gedegen evaluatie; de ‘proactieve’ handhaving van het kartelverbod begint nog maar nauwelijks van de grond te komen. Misschien moet er over een jaar of vier nog maar eens een nieuwe evaluatie worden gehouden, maar dan wel op een totaal andere leest geschoeid.

6 Zaken als Texaco en Heijmans zijn nog maar net of nog niet eens bij de onafhankelijke rechter beland.

Redactioneel

Redactioneel*

Zowel tussen als binnen lidstaten bestaat een grote variëteit in de organisatie en wijze van uitvoering van diensten die geacht worden van algemeen (economisch) belang te zijn, zoals op het gebied van energie, transport, telecommunicatie, post, media, afval, gezondheid, onderwijs en sociale zekerheid. De aard van de activiteit, de technologische ontwikkeling, cultuur en historie bepalen de vormgeving en mate van betrokkenheid van de overheid. De creatie van de interne markt, de op specifieke sectoren gerichte liberaliseringsmaatregelen en de toenemende invloed van het mededingingsrecht, inclusief de staatssteunbepalingen, leidden de voorbije jaren in toenemende mate tot een spanningsveld tussen, de alom erkende noodzaak publieke belangen te waarborgen enerzijds en de terughoudende rol van de overheid in een markteconomie anderzijds. Het onderwerp staat al jaren op de communautaire politieke agenda, getuige onder meer de opname van artikel 16 in het EG-Verdrag krachtens het Verdrag van Amsterdam. Met name over de positie van de Commissie, als 'hoedster van het Verdrag', lopen de meningen uiteen.

Nu, aan de vooravond van een Europese Grondwet en van een spectaculaire uitbreiding van de Gemeenschap met nieuwe lidstaten met een geheel eigen traditie op het terrein van 'publieke diensten', heeft de Commissie een debat geïnitieerd door publicatie van een zeer uitvoerig en, hoe kan het ook anders bij zo'n onderwerp, wat wollig Groenboek (Com(2003) 270 final). Waar dit toe leidt, is niet te voorspellen, maar evident is dat de uitkomsten van belang zullen zijn voor eenieder die betrokken is bij het Europese en nationale mededingingsbeleid. Het meest vergaand, maar niet ondenkbaar resultaat, is een kaderrichtlijn die het hele veld van 'diensten van algemeen belang' beslaat en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel grenzen probeert te stellen aan de vrijheid van de lidstaten.

Eén aspect betreft de financiering van de activiteiten die door een (publieke) onderneming worden verricht en die

door een overheid van algemeen belang worden geacht. Verschillende mechanismen, afhankelijk van de aard van de activiteit, de lokale gebruiken, en indien aanwezig, communautaire sectorspecifieke regelgeving komen in aanmerking, variërend van directe subsidies tot het geven van exclusieve rechten of de creatie van een solidariteitsfonds. De wijze van financiering roept onder meer de vraag op over de toepasselijkheid van de staatssteunbepalingen, een problematiek die al eerder is aangesneden in een Commissierapport van december 2002 over mogelijke richtsnoeren ('Guidelines for state aid and services of general economic interest'). Bij het verschijnen van deze M8:M zal het Hof, welke richting de uitspraak ook opgaat, een arrest dat voor deze materie van fundamenteel belang is, hebben gewezen in de zaak Altmark. Het betreft, kort gezegd, de vraag of door een overheid aan een onderneming geboden 'compensatie' (met alle complexe kostenallocatieperikelen van dien) voor het verrichten van een dienst van algemeen belang al dan niet als 'staatssteun' in de zin van artikel 87(1) moet worden beschouwd. Die kwalificatie heeft vergaande gevolgen op het vlak van verplichte aanmelding bij, en dus directe controle door, de Commissie op de betrokkenheid van overheden bij de uitvoering door (publieke) ondernemingen van 'openbare diensten'.

Het arrest zal los van deze politieke dimensie ook overigens invloed hebben op de ontwikkeling van het staatssteunrecht, met name wat betreft het begrip 'staatssteun' en het 'private investor'-beginsel. Wat dit laatste betreft: net als in het concentratiecontrolerecht (arresten Schneider; TetraPak) lijkt het GvEA grenzen te stellen aan de vrijheid van de Commissie een ex ante oordeel te vellen over toekomstige ontwikkelingen, hier vanuit het perspectief van de hypothetische particuliere investeerder (arresten West LB; Linde). Artikel 86(2), de enige bepaling met materiële betekenis in het Verdrag waarin het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' voorkomt, zal ook aan bod komen. Een artikel dat in het Groenboek weinig aandacht krijgt. De Altmark-zaak; het eveneens vóór verschijning van dit M&M-nummer verwachte UFEX-arrest (over kruissubsidiëring tussen concernmaatschappijen die deel uitmaken van een publieke

* Deze bijdrage is verschenen in M&M 2003, afl. 5, p. 161-162.

onderneming); de uitbreiding met nieuwe lidstaten (die volgens schattingen tot een toename met 40% van het aantal staatssteunzaken zal leiden en tot herziening van het beleid terzake van regionale steun en reddingssteun); het voornemen van de Commissie om, in navolging van het kartelrecht, méér aandacht te besteden aan economische analyse en om meer groepsvrijstellingen te introduceren; en de instelling van een speciale unit belast met het toezicht op terugvordering: dit alles betekent dat de ontwikkelingen in het staatssteunrecht niet onderdoen voor die welke gepaard gaan met de ‘modernisering’ van het kartelrecht en de herziening van de concentratiecontrole. Trouwens, de ‘chief economist’ en het ‘peer review panel’, waarover steeds gesproken wordt in het kader van concentraties, zullen ook daarbuiten actief zijn, onder meer in steunzaken.

Het mededingingsrecht en sectorspecifieke regelgeving zijn complementaire instrumenten bij de liberalisering van markten. Het algemeen belang dat zij willen waarborgen, bestaat erin dat consumenten geen nadeel (door hoge prijzen), minder keuze of slechte dienstverlening ondervinden van de ‘vrijmaking’ van markten. In het artikel van Van der Voorde wordt ingegaan op het nieuwe regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector dat op 25 juli 2003 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd had moeten zijn. Dit kader introduceert een vorm van sectorspecifiek mededingingsrecht in de communicatiesector. Mededingingsjuristen zullen nu ook de OPTA-website in de gaten moeten houden. OPTA zal zich immers bezighouden met de afbakening van relevante markten, met de vraag of al dan niet sprake is van een (collectieve) machtspositie en met het vinden van proportionele ex ante verplichtingen teneinde daadwerkelijke concurrentie te garanderen. Bovendien heeft de Europese Commissie, ter ondersteuning van de OPTA en haar zusterorganisaties in andere lidstaten, een ‘Aanbeveling’ gepubliceerd waarin achttien communicatiemarkten zijn ‘voorgedefinieerd’. Met deze Aanbeveling zal men, bijvoorbeeld bij concentraties in de communicatiesector, rekening dienen te houden.

De bijdrage signaleert een aspect dat in de discussie in Nederland over de nieuwe regelgeving wat onderbelicht is gebleven. Het kader introduceert namelijk een voorrangsregel op basis waarvan de toepassing van algemeen mededingingsrecht de voorkeur krijgt boven ex ante regulering indien en voorzover het mededingingsrecht ‘toereikend’ is om het geconstateerde probleem aan te pakken. De vraag of en in welke mate mededingingsrecht toereikend is, waarbij de specifieke kenmerken van de netwerkgebonden communicatiemarkten bepalend zijn, zal ongetwijfeld aanleiding geven tot interessante discussies. Denk in de Nederlandse situatie bijvoorbeeld aan MTA-tarieven (de tarieven die mobiele operators vragen voor het afwikkelen van telefoonverkeer op hun netwerken). De OPTA zal, nu andere pogingen om deze tarieven te reguleren (voorlopig) zijn stukgelopen op de Rotterdamse bestuursrechter, vermoedelijk willen ingrijpen zodra de nieuwe regelgeving van kracht is. Het feit dat de NMa inmiddels het stokje heeft overgenomen en een onderzoek doet naar de tarieven onder artikel 24 Mw, zal mogelijk vanwege

die voorrangsregel roet in het eten gooien. In de bijdrage wordt voorts de vraag opgeworpen of de OPTA voldoende is toegerust om sectorspecifieke mededingingsregels op een juiste wijze toe te passen. Gebrek aan ervaring met complexe vraagstukken zoals bijvoorbeeld collectieve machtsposities en evenredige ‘remedies’ zouden een bron van juridische procedures kunnen zijn. Daarbij geldt, volgens het artikel, dat het wetsvoorstel tot aanpassing van de Telecommunicatiewet aan het nieuwe Europese regelgevingskader niet voorziet in een nauwe samenwerking tussen de OPTA en de NMa en/of enige mate van sturing door de d-g NMa op het te voeren beleid van OPTA. Gepleit wordt daarom voor een versneld samengaan van beide toezichthouders en, bij wijze van interim-oplossing, voor het opnemen in het wetsvoorstel van een regeling die voorziet in een meer structurele samenwerking. Het feit dat implementatie van de nieuwe Europese regels aanzienlijke vertraging heeft opgelopen en de nieuwe Telecommunicatiewet mogelijk niet voor 2004 in werking zal treden biedt de mogelijkheid de noodzakelijke reparaties door te voeren.

Artikel

Korting als misbruik van machtspositie: Michelin II*

Prijs van voorspelbaarheid

Uitleg van het misbruikverbod

In de meeste stelsels van mededingingsrecht, gericht op het tegengaan van anti-concurrentieel gedrag, geldt de spelregel dat dominante ondernemingen geen misbruik mogen maken van hun machtspositie. Dat is makkelijker gezegd dan gedaan omdat de begrippen ‘machtspositie’ en ‘misbruik’ voor velerlei uitleg vatbaar zijn. De betekenis die men in de doctrine en rechtspraak aan deze begrippen, en meer in het algemeen aan het concept van ‘anti-concurrentieel gedrag’, toekent, hangt onder meer af van de doelstellingen die men met dit verbod wil nastreven. De gewenste uitleg van de ‘ratio legis’ kan naar plaats en tijd verschillen, zoals de lange geschiedenis van het Amerikaanse antitrustrecht leert. Maar ook het denken over de zin van ons ‘eigen’ Europese en, als afgeleide daarvan, Nederlandse mededingingsrecht ontwikkelt zich.

Zo zien wij de laatste jaren dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van gedragingen niet langer de aard van de gedraging centraal staat. Waar het om draait is niet zozeer of bepaalde spelers door contractuele beperkingen of anderszins op de markt in hun vrijheid van commercieel handelen worden belemmerd. Essentieel is of gedrag wezenlijke negatieve gevolgen (kan) hebben op het gebied van prijzen, innovatie, de variëteit van het aanbod en de kwaliteit van goederen en diensten. Efficiency, marktmacht en marktstructuur zijn bepalend voor het meten van die effecten op de markt. Dit alles met als uiteindelijk oogmerk de economische belangen van de consument te beschermen.

Een van de moeilijkste vraagstukken uit dit evoluerende mededingingsrecht is de toetsing van prijsbeleid van

dominante ondernemingen aan het misbruikverbod. Een optimale prijsstrategie vormt de kern van concurrentieel gedrag: elke onderneming zal trachten door middel van niet alleen kwaliteit en dienstverlening maar ook en vooral door middel van op individuele (potentiële) klanten toegesneden prijzen en kortingen, concurrenten te verslaan en loyaliteit en een maximale opbrengst (‘what the market can bear’) te genereren. Echter, dominante ondernemingen hebben volgens de rechtspraak een ‘speciale verantwoordelijkheid’¹ en moeten hun macht omzichtig gebruiken. Veel houvast biedt dat niet. Ondernemingen met een relatief stevige marktpositie zullen zich steeds moeten afvragen hoe de markten waarop zij actief zijn precies moeten worden afgebakend, of zij wellicht ‘dominant’ zijn en wat dat in concreto betekent voor hun prijsstelling. Een machtspositie is een relatief begrip dat afhankelijk kan zijn van het type misbruik. Over wat qua prijsgedrag al dan niet geoorloofd is, bevat het Verdrag slechts vage (en de Mededingingswet géén) normen: de voorbeelden van artikel 82 spreken van ‘onbillijke’ prijzen (sub(a)) en ‘ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties’ (sub(c)). Onduidelijkheid leidt, zo blijkt ook uit ‘compliance programs’ (bijvoorbeeld: ‘prijsdiscriminatie is niet toegestaan’), bij grote ondernemingen al gauw tot terughoudend gedrag dat op zichzelf schadelijk is voor een dynamische mededinging.

Het afbakenen van de grens tussen een pro-competitieve en een anti-competitieve prijsstrategie in het licht van het misbruikverbod is een weerbarstige exercitie. Wij willen in deze bijdrage bij een actuele gebeurtenis stilstaan, namelijk de uitspraak van het GvEA van 30 september 2003 in de zaak Michelin II.² Wij beperken ons

1 Michelin I, zaak 322/81, 1983 Jur. 346N, r.o. 57; Tetra Pak II, zaak 333/94, 1996 Jur. 5951, r.o. 21.

2 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commissie, zaak T-203/01. Het prijsbeleid van Michelin was al eerder onderwerp van discussie, resulterend in het arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, 1983 Jur. 346N (Michelin I). Reden voor de Commissie de boete nu wegens recidive met 50% te verhogen.

* Deze bijdrage is verschenen in M&M 2003, afl. 7/8, p. 228-231.

tot het ons inziens belangrijkste aspect van die zaak, te weten de rechtmatigheid van een systeem van kwantumkortingen als vorm van *prijstdifferentiatie* (dat wil zeggen dat verschillende afnemers een verschillende prijs per eenheid product betalen). Op andere materiële en procedurele aspecten van de beschikking die in het arrest aan bod komen, zal niet worden ingegaan. Evenmin zal aandacht worden besteed aan andere vormen van mogelijk anti-concurrentieel prijsgedrag, te weten excessieve prijzen, ‘vechtprijzen’ (predatory pricing) en ‘wurgprijzen’ (prijssqueeze).

Hoofdpijnen van het arrest

De Michelin II-zaak betrof (onder andere) een systeem van kwantumkortingen voor de aankoop door handelaren van (alle typen) banden. Het stelsel bestond uit een schaal met circa 50 ‘omzettrappen’. Bij het door afnemers van grotere hoeveelheden beklimmen van de trap, stijgt het percentage van de korting over de *totale* omzet (en dus niet alleen over het gedeelte dat overeenkomt met de extra gekochte hoeveelheid; de korting is daarom progressief, maar de hoogte van de *extra* korting, en dus de mate van progressie, neemt met elke trede af). De referentieperiode waarover de hoeveelheden, en daarmee de korting, worden berekend is een jaar; anders dan bij een factuurkorting wordt pas na dat jaar de korting berekend en uitbetaald. Volgens de Commissie verkochten de handelaren de banden als gevolg van de kleine marges in de sector met verlies tot het moment waarop de verschillende kortingen en bonussen, inbegrepen de bewuste kwantumkorting, werden uitgekeerd.

De Commissie onderscheidde in de beschikking verschillende vormen van misbruik. Zo achtte zij de kortingen ‘onbillijk’ vanwege het zojuist genoemde aspect dat gedurende de referentieperiode met verlies werd wederverkocht en de afnemers al die tijd in grote onzekerheid verkeerden over de hoogte van de uiteindelijke aankoopsprijs. Daarnaast oordeelde zij dat de kwantumkortingen ‘klantenbindend’ werkten omdat als gevolg van de relatief lange referentieperiode (een jaar) aan het eind van die periode de druk toeneemt om maximale korting te verkrijgen en verliezen te vermijden.

Dit onderscheid (tussen ‘onbillijk’ en ‘klantenbindend’) hangt vermoedelijk samen met het conceptuele onderscheid tussen verschillende categorieën misbruik; het zogenoemde ‘erstelijnsmisbruik’, te weten gedrag dat nadelige effecten heeft op de markt van de dominante onderneming (uitsluiting/‘foreclosure’ van concurrenten door lage maar niet noodzakelijk ‘predatory’ prijzen); en ‘tweedelijnsmisbruik’, te weten gedrag dat afnemers nadeel berokkent (‘downstream’ exploitatie door hoge maar niet noodzakelijk ‘excessieve’ prijzen, zoals bijvoorbeeld bij discriminatie ex artikel 82 (c)). In de praktijk lopen deze categorieën in gevallen waar een leverancier gedifferentieerde prijzen hanteert (hetgeen immers zowel de concurrentiepositie van afnemers als die van concurrenten van de dominante onderneming raakt) door elkaar heen.

Wat daarvan zij, het Gerecht beperkt zich tot een beoordeling van de ‘klantenbinding’, dat wil zeggen de gevolgen voor de concurrentie op de markt waarop de dominante onderneming Michelin zelf actief is. Vanuit economisch perspectief is er, als algemeen principe, ons inziens geen rechtvaardiging ondernemingen enkel vanwege het feit dat zij een stevig marktaandeel hebben, a priori het recht te ontzeggen door kortingen klanten aan zich te binden; ook een dominante onderneming heeft het recht te concurreren met ‘de gebruikelijke middelen’³ en zou het kortingswapen moeten kunnen inzetten om nieuwe klandizie te winnen of als defensieve maatregel wanneer haar afzet bedreigd wordt door de prijsstrategieën van concurrenten. Er is dan ook met spanning naar uitgezien of het Gerecht bereid zou zijn rekening te houden met de economische realiteit. De uitkomst stelt in dat opzicht teleur. Het Gerecht distilleert in rechtsoverwegingen 59 en 74 uit de rechtspraak de als volgt te parafraseren norm: een stelsel van algemeen geldende (dat wil zeggen niet per individuele afnemer overeengekomen en als gevolg daarvan discriminerende) progressieve kwantumkortingen is niet in strijd met het misbruikverbod *tenzij* zo’n stelsel niet gebaseerd is op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie doch (net als getrouwheids- of doelstellingskortingen) ertoe strekt te beletten dat afnemers zich bij concurrenten bevoorraden. In latere overwegingen verdwijnt dit toch al zwak geformuleerde ‘vermoeden van rechtsgeldigheid’ uit beeld. In de eerste plaats stelt het Gerecht in overweging 95 vast, na een analyse van het karakter van het stelsel, dat het de kenmerken heeft van een systeem van getrouwheidskortingen door

- (i) een groot verschil (ruim zes procentpunten) in percentage tussen de laagste en de hoogste trap;
- (ii) een referentieperiode van één jaar; en
- (iii) korting op basis van de totale omzet.

In de tweede plaats formuleert het Gerecht in overweging 100 het beginsel dat, ‘volgens vaste rechtspraak’, door een dominante onderneming toegekende kortingen ‘op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie moeten berusten’.

De uitkomst van de procedure spitst zich dan toe op de vraag of Michelin heeft aangetoond dat de litigieuze kwantumkortingen vanwege schaalvoordelen op reële kostenbesparingen (terzake van productie en/of distributie) zijn gebaseerd. Het Gerecht oordeelt dat Michelin niet heeft bewezen dat de gekozen kortingspercentages in concreto economisch gerechtvaardigd zijn. De conclusie is dat het kortingsstelsel vanwege de klantenbindende werking de handelaren kan belemmeren vrij de meest gunstige aanbieding te kiezen en zonder aanmerkelijk economisch nadeel van leverancier te veranderen; aldus laat het hen minder keus en bemoeilijkt het de toegang tot de markt, zonder dat één en ander op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie berust.⁴

³ Hoffmann La Roche, zaak 85/76, 1979 Jur. 461.

⁴ Deze slotom is gelijk aan die van het Hof in 1983 in Michelin I over het stelsel van kortingen dat toen ter beoordeling voorlag. Het betrof in die zaak evenwel geen algemeen, voor elke afnemer identiek, geldend systeem maar een per individuele afnemer vastgestelde doelstellende (target) volumekorting die exclusiviteit in de hand werkte.

De verbodsbeschikking van de Commissie blijft mitsdien in stand.

Kritische kanttekeningen

In de jurisprudentie is meerdere malen vastgesteld dat 'getrouwheidskortingen', wanneer toegepast door een dominante onderneming, niet toelaatbaar zijn.⁵ De ratio is duidelijk: zulke kortingen zijn naar hun aard discriminerend, namelijk niet gerelateerd aan de afname van specifieke hoeveelheden maar aan (quasi-) exclusieve afname, hebben vanwege het (quasi-) exclusiviteitskarakter een serieus effect op de markt, en laten zich per definitie niet rechtvaardigen door schaalvoordelen en besparingen. In Michelin II ontbreekt echter elke verwijzing naar (quasi-) exclusieve werking en ook overigens naar de effecten op de markt. Het Gerecht lijkt, in navolging van de Commissie, elk kortingensysteem van een dominante onderneming te veroordelen, ongeacht of het individuele (per afnemer) of algemene werking heeft, zodra er enig klantenbindend effect is en de onderneming niet in staat is concreet bewijs van kostenvoordelen te leveren. Dominante ondernemingen staan dan op serieuze achterstand ten opzichte van hun niet-dominante collega's. Mogelijk hebben zij slechts wat betreft voor alle afnemers geldende standaard volumekortingen 'op factuur' de zekerheid dat deze geoorloofd zijn. Zelfs voor die categorie is evenwel denkbaar dat concreet bewijs van kostenbesparingen voorhanden moet zijn.

Michelin heeft in het beroep, als vijfde middel, naar voren gebracht dat de Commissie ten onrechte had nagelaten de concrete economische gevolgen van de verweren gedraging te onderzoeken. Zo zou het marktaandeel van Michelin aanzienlijk zijn teruggelopen. Het Gerecht maakt hier zeer korte metten mee: de litigieuze kwantumkorting, zo oordeelt het Gerecht, is er op gericht handelaren aan Michelin te binden, en dus de concurrentie te beperken; en

'indien het doel van een gedraging is [...] het beperken van de mededinging, zal die gedraging eveneens een dergelijk gevolg kunnen hebben' (rechtsoverweging 241 jo. 243).

Het Gerecht besluit met de onbewezen stelling dat waarschijnlijk is dat de daling van het marktaandeel zonder de korting nog aanzienlijker zou zijn geweest. Een vergelijkbare uitsmijter vindt men in de beschikking Virgin/British Airways over het door de Commissie als 'misbruik' gekwalificeerde kortingenstelsel van BA. Toen BA er op wees dat ondanks dit stelsel concurrenten marktaandeel hadden gewonnen, reageerde de Commissie met de opmerking dat

'[...] it can only be assumed that competitors would have had more success in the absence of these abusive schemes'.⁶

De conclusie kan geen andere zijn dan dat een gedifferentieerd prijsbeleid met kortingen, dat naar zijn aard gericht is op klantenbinding, al gauw de 'per se' nekslag krijgt toegediend enkel vanwege de omstandigheid dat het wordt gehanteerd door een dominante onderneming. Het zal in de praktijk immers verre van eenvoudig en soms zelfs onmogelijk zijn aan te tonen dat zo'n beleid kostenbesparingen meebrengt die exact corresponderen met de toegekende kortingen.

In de inleidende paragrafen is kort stil gestaan bij het belang van economische analyse van de effecten van een gedraging. Wij bepleiten eenzelfde benadering in zaken als hier aan de orde. Kortingen worden om allerlei redenen toegekend, inbegrepen de koopkracht van afnemers of aanvallen door concurrenten. Het enkele gegeven dat korting er op gericht is (potentiële) afnemers te stimuleren klant te blijven, of méér te kopen, of klant te worden, is vanuit de optiek van het mededingingsrecht onvoldoende reden deze 'per se' te veroordelen. Het feit dat door aanwezigheid van een dominante onderneming op een markt de mededinging mogelijk zwakker is dan op andere markten rechtvaardigt een kritische benadering maar niet dat in artikel 82-zaken, anders dan in artikel 81-zaken, een onderzoek naar de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van een gedraging geheel achterwege kan blijven.

Wij bepleiten dat onderzocht moet worden in hoeverre het kortingenbeleid inderdaad tot 'foreclosure' van concurrenten en concurrentie leidt of kan leiden (een potentieel effect is op zich voldoende). Een van de omstandigheden die daartoe relevant is, is de 'mate van dominantie' van de betrokken onderneming. Er zijn gradaties van dominantie, onder andere afhankelijk van de kracht van de afnemers, en die gradaties bepalen mede het effect van een gedraging op de markt en marktstructuur. In sommige zaken vindt men dit element terug.⁷ In Michelin II komt het Gerecht hier niet aan toe. Het gaat er aldus aan voorbij dat het feit dat concurrenten als gevolg van de korting minder 'vraag' ervaren, op zich niet verontrustend is. Er zal aangetoond moeten worden dat zij als gevolg van de macht van de leverancier niet in staat zijn adequaat te reageren en dat de dreiging bestaat dat zij van de markt worden verdreven.

In plaats van een 'per se'-verbod of een algemeen vermoeden van misbruik, verdient het uitgangspunt dat prijsconcurrentie een goede zaak is, ook wanneer een dominante onderneming gedifferentieerde prijzen hanteert, de

5 O.a. Hoffmann La Roche, zaak 85/76, 1979 Jur. 461; Irish Sugar, zaak T-228/97 Jur. II-2969.

6 Beschikking IV/34.780 d.d. 24.7.99; Pb 2000, L30/1, par. 107 (beroep aanhangig). Opmerkelijk is overigens dat de Amerikaanse rechter het kortingenstelsel niet in strijd met het Amerikaanse mededingingsrecht achtte en de vordering van Virgin afwees.

7 Zie bijvoorbeeld Michelin I (voetnoot 1) waar de grote divergentie in marktaandeel tussen Michelin en haar concurrenten een wezenlijke rol speelde in de analyse; in Virgin/BA (voetnoot 6) en Irish Sugar (voetnoot 5) komt de sterke marktpositie eveneens aan de orde, evenals in de zaak Napp Pharmaceutical waar het gespecialiseerde Appeal Tribunal de term 'superdominance' en 'dominance approaching monopoly' gebruikt (uitspraak 15.1.2002; www.competition-commission.org.uk/appeals/current). Zie ook: Richtsnoeren Verticale restricties paragraaf 148 waar de Commissie benadrukt dat het risico van 'foreclosure' toeneemt met de mate van dominantie.

voorkeur. Van geval tot geval moet onderzocht worden niet alleen of de korting tot klantenbinding leidt maar ook of er een serieus risico van uitsluiting is en, in het bevestigende geval, of de gedraging wellicht gerechtvaardigd wordt door besparingen (zonder dat die mathematisch precies hoeven overeen te stemmen met de korting) of investeringen (die alleen lonen indien er klantenbinding is). De op de autoriteiten rustende bewijslast van dit risico is een lichte indien het kortingenstelsel leidt tot (quasi-)exclusiviteit gedurende een langere periode en wordt toegepast door een onderneming met een sterke machtspositie.

Naar verluidt overweegt de Commissie te komen met een bekendmaking over de toepassing van het misbruikverbod op het prijsbeleid van dominante ondernemingen. Dat is toe te juichen want het bedrijfsleven heeft behoefte aan ‘guidance’.⁸ Echter, de rechtszekerheid die Michelin II biedt, is niet de gewenste nu de motivering van de beschikking en van het arrest niet in alle opzichten kan bevredigen (het eindresultaat mogelijk wél maar om dat te beoordelen is méér nodig). Economische analyse is noodzakelijk, ook al is dit niet het ‘duizenddingendoekje’ dat velen er tegenwoordig graag in zien. Economische inzichten zijn niet eensluidend en het meten van marktmacht en van ‘foreclosure-effecten’ is geen exacte wetenschap. Desalniettemin zal een bekendmaking aansluiting moeten zoeken bij de meer op feitelijke markteffecten gerichte benadering zoals we die kennen uit de richtsnoeren over horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Een dynamische mededinging is niet gediend met onnodige terughoudendheid van ondernemingen met een relatief groot marktaandeel in het bepalen van hun prijsstrategie.

⁸ Die behoefte geldt, nog meer dan thans het geval is, na implementatie van de modernisering ook voor de nationale autoriteiten en de nationale rechter, ook al is de impact van die operatie op het gebied van artikel 82 minder groot dan bij artikel 81.

Redactioneel

De Amici Code*

In de dit jaar geëffectueerde moderniseringsplannen is conceptueel een belangrijke rol weggelegd voor nationale rechterlijke instanties. De functie van de nationale rechter in het netwerk van bevoegde autoriteiten is met name gelegen in de bescherming, door toekenning van schadevergoeding, van de slachtoffers van de inbreuken.¹ Die taak heeft de rechter al meer dan 40 jaar maar, althans waar het gaat om artikel 81, zijn werk is in theorie vereenvoudigd nu deze bepaling in zijn totaliteit rechtstreekse werking heeft gekregen; de Commissie heeft niet langer het alleenrecht artikel 81 lid 3 toe te passen. 'In theorie', omdat lid 3 in zaken betreffende hard-corekartels geen rol van betekenis speelt terwijl in andere zaken de toepassing van lid 3, op z'n zachtst gezegd, verre van eenvoudig is.² De verwachtingen over de inschakeling van de civiele rechter door gelaedeerden zijn hooggespannen, zowel bij de toezichthouders als bij commentatoren; er gaan zelfs stemmen op voor de creatie van een gespecialiseerde rechter die beter dan de 'gewone' rechter in staat zou zijn de vele en complexe procedures te behandelen. Haastige spoed lijkt mij echter ongewenst nu nog helemaal niet zo zeker is of er in de praktijk veel zal veranderen en of er een toevloed van lastige zaken op de rechterlijke macht afkomt.

Blijkens het in september jongstleden verschenen Consultatiedocument voor de NMa-agenda 2005, waarmee de NMa draagvlak voor haar optreden hoopt te vinden, is de 'mogelijkheid van civiele handhaving [...] een belangrijk onderwerp in de strategie', zonder dat wordt aangegeven hoe de publieke toezichthouder denkt een cultuurschok teweeg te brengen door burgers te stimuleren geschillen bij de rechter aanhangig te maken. Zij verwacht, zonder dit te onderbouwen, dat 'in Nederland klagers [...] in toenemende mate een civiele procedure zullen starten om bepaald gedrag van de wederpartij te verbieden of juist af te dwingen; uitkomst van het geding kan zijn de plicht tot levering of tot vergoeding van schade'. Uit het oog wordt

nogal eens verloren dat de VS, in dit opzicht kennelijk een lichtend voorbeeld, niet alleen vele fundamentele procesrechtelijke verschillen kent met ons civil-lawsysteem, maar ook dat schadeclaims aldaar veelal pas worden ingesteld *nadat* op initiatief van de toezichthouder een inbreuk is vastgesteld, of ten minste een onderzoek is gestart (zo is trouwens de gespecialiseerde rechter in de UK slechts bevoegd in procedures tot schadevergoeding *nadat* de Commissie of de Engelse NMa een schending heeft geconstateerd).

Die belangstelling voor civiele handhaving is niet nieuw. Aardig te vermelden in dit verband is dat reeds begin jaren '60 van de vorige eeuw in opdracht van de Commissie door prominente hoogleraren uit de toenmalige lidstaten onderzoek is gedaan naar 'Herstel van schade ten gevolge van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag'.³ De adviseurs, voor Nederland de professoren H. en J. Drion en Y. Samkalden van het Leids Europa-Instituut, concludeerden dat gedupeerden naar nationaal recht genoegdoening kunnen krijgen. De aard van de problematiek is *au fond* dezelfde als die welke vandaag de dag speelt en die recent in kaart is gebracht door de in opdracht van de Commissie gedane studie naar de 'Conditions for claims of damages in case of infringement of EC Competition rules'.⁴ Dit onderzoek is gedaan in het kader van de modernisering en de filosofie dat *private action* gestimuleerd moet worden. Het rapport gaat evenwel primair over de problematiek van het bewijs van schade en de methode van berekening van de precieze omvang daarvan, en niet over de vaststelling van een inbreuk; in zoverre heeft het dus niet direct met de modernisering te maken welke immers de rechtstreekse werking van lid 3 en alle daarbij behorende problemen betreft om te komen tot concrete invulling van de verbodsnorm.

Dat er in meerdere opzichten niets nieuws onder de zon is, wordt fraai geïllustreerd door het door de Nederlandse hoogleraren aangehaalde bouwfraude-dossier waarover de Hoge Raad in 1927 oordeelde.⁵ In het arrest stelde de Hoge Raad vast dat een aanbesteder van een openbare

* Deze bijdrage is verschenen in M&M 2004, afl. 7, p. 225-228.

1 Overweging 7, Vo. 1/2003.

2 Zie de bijdrage van Pijnacker Hordijk in M&M 7, juni 2004.

3 Serie Concurrentie 1, gepubliceerd in 1966.

4 Het zogenaamde Ashurst-rapport d.d. 31 augustus 2004.

5 HR 17.1.27, NJ 1927, 279.

aanbesteding schade ondervond van een als onrechtmatig gekwalificeerde zogenaamde ‘kopgeldafpraak’: aannemers hadden in vooroverleg afgesproken dat op het laagste bedrag een kop zou worden gezet en dat de anderen, die door hoge inschrijvingen de opdracht zouden mislopen, in die kop zouden delen. Meijers vat in zijn noot samen wat bijna 80 jaar later nog steeds de essentie is:

‘Dit arrest [is] niet alleen van belang voor opzetcontracten, die in strijd met de goede zeden geacht moeten worden, maar ook voor andere overeenkomsten – bijvoorbeeld kartelovereenkomsten –, die strekken om prijzen en leveringsvoorwaarden in voor derden ongunstige zin te regelen. Telkens wanneer deze overeenkomsten geacht moeten worden te ver te gaan en in strijd met de goede zeden te zijn, zal degene die ten gevolge van deze overeenkomsten op ongunstiger voorwaarden gecontracteerd heeft dan hij zonder deze overeenkomst zou hebben kunnen doen, een vordering uit onrechtmatige daad hebben.’

Begin jaren '60 werd ook het belang van *class-actions* gesignaleerd, en het verschijnsel dat in de VS wordt aangeduid als *de passing-on defence*, waarmee ook de rapporteurs anno 2004 worstelen: degenen die schade lijden zijn vaak niet de directe afnemers van de kartellenden, maar afnemers verder in de keten (en à la limite de consument) waarop prijsverhogingen zijn afgewenteld. *Private enforcement* wordt aanzienlijk bemoeilijkt wanneer de verweerder, zelfs na vaststelling van een inbreuk door de mededingingsautoriteit of rechter en zelfs als al vaststaat welk effect het kartel op de prijsstelling heeft gehad, aannemelijk kan maken dat directe afnemers hogere prijzen veelal konden doorberekenen en hun schade mogelijk alleen bestaat uit verlies van die (potentiële) klanten die niet bereid waren de hogere prijs te betalen. Dit roept allerlei vragen op van bewijsrecht en causaal verband. Het moge maatschappelijk onbevredigend zijn dat partijen van wie vaststaat dat zij zich schuldig maakten aan verboden kartelpraktijken zich met succes kunnen verweeren tegen schadeclaims, de vraag is of het mededingingsrecht dermate bijzonder is dat het een civielrechtelijk regime rechtvaardigt dat afwijkt van hetgeen in o.d. acties gebruikelijk is. Moet iedereen die in de verste verte schade heeft geleden daarvoor via complexe, kostbare en tijdrovende procedures vergoeding krijgen, of is dit een kwestie waarvoor nu juist de toezichthouder verantwoordelijk is die met harde hand in de vorm van sancties waakt over het publieke belang?

Artikel 15 van Verordening 1/2003 voorziet in de samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties. Inmiddels heeft dit nader gestalte gekregen in een uitvoerige bekendmaking.⁶ Zo kan de rechter aan de Commissie (niet aan de nationale autoriteiten!) inlichtingen vragen, alsook advies over de toepassing van de communautaire mededingingsregels in geschillen waarin de rechter een beslissing moet nemen. Dit advies kan betrekking hebben op *economische, feitelijke en juridische kwesties*, doch de Commissie zal niet

concreet ingaan op de aanhangige zaak. Deze mogelijkheid bestaat in engere zin al ruim 10 jaar en is in de praktijk geen succes gebleken. Er is geen reden te veronderstellen waarom dat in de toekomst anders zal zijn. Uiteraard zal de nationale rechter zich met vragen over de uitleg van het Europese mededingingsrecht ook tot het Hof kunnen, en soms moeten, wenden krachtens artikel 234 van het Verdrag. Ook het Hof zal zich dan niet uitspreken over de aan de orde zijnde casuspositie, al is de lijn tussen uitleg en toepassing in de praktijk een hele dunne. Het lijkt geen twijfel dat het Hof door middel van deze prejudiciële procedures serieus heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het mededingingsrecht. Hiertoe behoren veelal ‘verticale’ zaken die minder interessant zijn vanuit het oogpunt van de afschrikwekkende werking van civiele handhaving als alternatief van repressief optreden door de publieke toezichthouder, en die in het kader van het moderniseringsdebat dus ook minder relevant zijn. Het gaat dikwijls om procedures waar nietigheid als verweer wordt ingeroepen (het zogenaamde euro-verweer dat weliswaar een chicaneus karakter kan dragen maar toch tot belangrijke arresten heeft geleid).⁷

Echt nieuw is de bevoegdheid die artikel 15 lid 3 creëert voor de Commissie en de NMA's om spontaan in een nationale gerechtelijke procedure schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen te maken over de toepassing van de artikelen 81 en 82. De Verordening en de bekendmaking geven aan dat de Commissie zal ‘intervenieren’ wanneer de coherente toepassing van de mededingingsbepalingen dit vereist; zij zal haar opmerkingen beperken tot een *economische en juridische analyse* van de feiten die aan het nationale geschil ten grondslag liggen. Hoewel ook de in de vorige alinea genoemde betrokkenheid van de Commissie zo wordt aangeduid, is het vooral bij de in lid 3 geschapen bemoeienis dat de interveniërende autoriteit als *amicus curiae* wordt betiteld. Deze figuur is komen overwaaien uit de VS, waar het verschijnsel niet beperkt is tot het mededingingsrecht en evenmin tot interventie door overheidslichamen of (andere) toezichthouders. Wel is het zo dat anderen dan overheidsinstellingen (als bijvoorbeeld de DOJ of FTC) toestemming van de rechter of partijen nodig hebben alvorens *amici briefs* mogen worden ingediend. Oorspronkelijk was de rol van de ‘vriend’ om in het algemeen belang de rechter voor te lichten over rechtspraak en rechtsbeginselen die anders wellicht aan de aandacht zouden ontsnappen, vandaag de dag is het voor private partijen die een individueel of groepsbelang bij de uitkomst van een procedure hebben vooral een lobby-instrument. Cijfers zijn mij niet bekend maar er zijn verschillende voorbeelden van zaken, met name op het niveau van de Courts of Appeal of de Supreme Court, waar ofwel de DOJ ofwel de FTC in een mededingingsrechtelijk geschil tussen private partijen in het algemeen belang een *amicus brief* indienden en waar de rechter in zijn vonnis er herhaaldelijk naar verwijst.⁸ De inhoud van zo'n ‘brief’ in een hogerberoepsprocedure bespreekt de

7 Een mooi voorbeeld, uit vele, vind ik altijd nog het arrest *Pronuptia de Paris vs. Irmgard Schillgals* uit 1986, zaak 161/84.

8 Zie bijvoorbeeld *Group Life Et Health Ins. Co. Vs. Royal Drug Co.*, 440 US 205 (1979).

6 Pb. C 101/54, 27.4.2004.

gewenste uitleg van bijvoorbeeld Section 1 van de Sherman Act in het voorliggende geschil en verzoekt de rechter de uitspraak van de lagere rechter te vernietigen dan wel te bevestigen.

In Nederland kan de d-g NMa op grond van artikel 89h Mw en artikel 44a Rv. in bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedures als *amicus* interveniëren. Let wel, de bevoegdheid betreft uitsluitend het Europese mededingingsrecht en in zaken die alleen op artikel 6 of artikel 24 Mw zijn gebaseerd staat de NMa gek genoeg buitenspel. Op 24 augustus 2004 publiceerde de NMa richtsnoeren over hoe in het algemeen belang met dit recht tot indiening van *amici briefs* zal worden omgegaan. Deze Code expliciteert dat de rechter niet aan de visie van de NMa gebonden is. Het ligt evenwel voor de hand dat de rechter er niet zonder overtuigende motivering van af zal wijken, hetgeen een grote verantwoordelijkheid legt op de NMa om zeer zorgvuldig te werk te gaan en in de korte tijd die haar ter beschikking staat een gedegen onderzoek te doen. Dat klemmt temeer wanneer de interventie is uitgelokt door een der partijen die de NMa op het spoor heeft gezet en mogelijk al van stukken heeft voorzien.

Frappant is dat de NMa zegt terughoudend gebruik te zullen maken van deze nieuwe bevoegdheid en, als zij opmerkingen maakt, zich te zullen beperken tot met name zaken in hoger beroep waarin een *rechtsvraag* aan de orde is; zij gaat voorzover mogelijk uit van de feiten zoals vastgesteld door de rechter (par. 18 j° par. 37). In kort geding procedures ligt dit mogelijk anders (par. 32). Onduidelijk is wat precies bedoeld wordt met de beperking tot rechtsvragen, een beperking die niet voortvloeit uit Verordening 1/2003, en wat de achtergrond hiervan is. De Commissie zegt te zullen ingaan op de economische en juridische analyse van de feiten.

Ziet de NMa een rol voor zich weggelegd vergelijkbaar met die van het EU-Hof in prejudiciële zaken? Zoals gezegd is er in de praktijk geen heldere grens tussen enerzijds de ‘interpretatie’ van de artikelen 81 en 82, en anderzijds de toepassing in concreto. Iets vergelijkbaars zien we wanneer de Hoge Raad moet beoordelen of de lagere rechter het recht heeft geschonden. Zeker voor niet in de cassatierechtspraak geveerde juristen is het niet eenvoudig het onderscheid aan te geven tussen een rechtsbeslissing en een feitelijke beslissing. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de lagere rechter blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting door uit te gaan van een bepaalde relevante markt en van een machtspositie,⁹ en dat het oordeel van een lagere rechter dat sprake is van een onderling afgestemde gedraging niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁰

Er is een grote variëteit aan mededingingsrechtelijke issues die in een civiel geding aan de orde kunnen komen. Bij artikel 82: de marktafbakening en vaststelling van dominantie, en de concrete invulling van het begrip ‘misbruik’ in gevallen van leveringsweigering, discriminatie, kortingstelsels, predatory pricing, excessieve prijzen et cetera. Deze kwesties vragen ten dele een juridische ana-

lyse, maar betreffen ook vragen van mededingingspolitiek (bijvoorbeeld hoe om te gaan met het vraagstuk van excessieve prijzen) én impliceren economische analyse van markten én hebben bedrijfseconomische aspecten (bijvoorbeeld de methode van kostenallocatie bij predatory pricing). Iets soortgelijks speelt bij artikel 81. Je mag verwachten dat de NMa zich in haar *amicus brief* wil uitlaten over de toepassing van lid 3, welke bepaling, afhankelijk van het concrete dispuut, economisch onderzoek vergt (bijvoorbeeld over ‘efficiëncies’) of beleidsvragen oproept (bijvoorbeeld over het gewicht van milieuaspecten, ontwikkelingshulp, werkgelegenheid, de rol van het MKB etc.). Zijn dat ‘rechtsvragen’?

Er bestaat een spanningsveld tussen aan de ene kant het karakter van de civiele procedure en de rol van de rechter als geschillenbeslechter die linksom of rechtsom een knoop moet doorhakken, en aan de andere kant de taak van de toezichthouders als ‘enforcement agency’ én als beleidsmaker. Mededingingsrecht is óók een instrument van economische politiek en heeft in dat opzicht een hybride karakter. Hoe zal de NMa hier in haar *amici* brief mee omgaan? Zal zij in haar interventie een oordeel willen geven over beleidskwesties, en over zaken als de hoogte van schadevergoeding, ‘efficiëncies’, of de keuze voor een bepaalde marktdefinitie in een geschil waar de rechter is ondergesneeuwd in gekleurde rapporten van economisch deskundigen? In de paar weken die zij heeft om de interventie te concipiëren zal dat meestal onmogelijk zijn, en het zal bovendien lastig zijn dit alles als ‘rechtsvraag’ te kwalificeren.

Het is toe te juichen dat de NMa in haar Code zegt zich terughoudend te zullen opstellen. Het mag niet zo zijn dat zij steeds haar visie, die onvermijdelijk veel gewicht zal hebben, wil opdringen. Daarbij speelt mee dat een al te enthousiaste bemoeienis al gauw nieuwe feiten in het geding brengt die de civiele procedure compliceren.¹¹ Tegelijkertijd zal een weloverwogen interventie een procedure kunnen bespoedigen en de coherente toepassing van het mededingingsrecht ten goede kunnen komen. Meer helderheid over hoe de NMa zich als ‘vriend’ van de rechter zal opstellen en of haar ‘vriendschap’ een ander karakter heeft dan die van de Commissie, is welkom.

9 Staat/ Ver. Centraal Bureau Rijn- en Binnenvaart, C01/202HR.
10 Zuivelcoöperatie Campina/Div. verweerders, C02/039 HR.

11 Zie Van Dijk, Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook? *M&M* 2004/nr. 1.

Annotatie

Europese Commissie/Tetra Laval*

Commissie van de Europese Gemeenschappen/Tetra Laval B.V., HvJ EG, C-12/03 P, 15 februari 2005, Pb. C 82 van 2 april 2005, Fusiecontrole, conglomerateffect/hefboomwerking, reikwijdte rechterlijke toetsing, gedragsverbintenissen. (m.nt. mr T.R. Ottervanger en mr I. Veldhuis)*

Op 15 februari 2005 sauveerde het Europese Hof van Justitie ('Hof') het arrest waarbij het Gerecht van Eerste Aanleg ('GvEA') de beschikking van de Commissie vernietigde welke de voorgenomen overname van Sidel door Tetra Laval verbood. Het Hof heeft meer duidelijkheid geschapen over de vraag hoe indringend de rechterlijke toetsing van concentratiebeschikkingen dient te zijn. Daarnaast is de uitspraak van belang voor de beoordeling van conglomerateffecten aan de hand van de normen van concentratiecontrole.

Achtergrond

Het arrest maakt een einde aan een langlopende strijd tussen de Commissie en de Tetra groep. In 2001 bracht de Franse dochteronderneming Tetra Laval SA een succesvol openbaar bod uit op Sidel SA. Tetra Laval is, via Tetra Pak, wereldwijd de dominante speler op de markt voor aseptische en niet-aseptische kartonverpakkingen. Sidel speelt een leidende rol op het gebied van de productie en levering van SBM-machines die worden gebruikt voor de productie van PET-flessen. Zij heeft een techniek ontwikkeld die PETverpakkingen geschikt maakt voor hetzelfde gebruik als (aseptische) kartonverpakkingen. Op 30 oktober 2001¹ verklaarde de Commissie deze overname onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, waarbij haar bezwaren met name betrekking hadden op het conglomeratekarakter van de concentratie. Daarnaast was de Commissie van mening dat de markten voor karton- en

PET-verpakkingssystemen afzonderlijke maar zeer nauw verbonden markten zijn die steeds meer gemeenschappelijke klanten hebben en in de toekomst verder naar elkaar toe zouden kunnen groeien; de concentratie zou daarom ook een vermindering van de potentiële concurrentie tot gevolg hebben. Op 13 januari 2003, na de uitspraak van het GvEA, keurde de Commissie de transactie alsnog goed, zonder een 'tweede fase' te openen.

Commissie Beschikking

Tetra Laval en Sidel waren niet op dezelfde markt actief. De bezwaren van de Commissie betroffen vooral het conglomerateffect – en met name de hefboomwerking die daarvan het gevolg kan zijn – en het elimineren van een potentiële concurrent. Volgens de Commissie zou de fusie Tetra Laval stimuleren haar dominante positie op de kartonverpakkingmarkt te gebruiken om klanten die besloten voor bepaalde producten naar PET-verpakkingen te switchen, over te halen voor Sidel-machines te kiezen, zodat de leiderspositie van Sidel in een dominante positie zou veranderen (hefboomwerking of 'leveraging'). De sterke merken en de reputatie van Tetra Laval waren belangrijke argumenten voor de Commissie om tot deze conclusie te komen. Daarnaast zou de positie van Tetra Laval op de markt voor kartonverpakkingen versterkt worden als gevolg van de fusie. Sidel is immers de leidende onderneming op het gebied van de productie en levering van SBM-machines voor PET-verpakkingen. Aangezien de Commissie meende dat deze twee markten nauw met elkaar verbonden waren, zou de overname van Sidel zeer wel kunnen leiden tot een afname van de potentiële concurrentie tussen verpakkingssystemen. De

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2005, afl. 4/5, p. 152-157.

¹ Beschikking 2004/124/EC, Pb. 2004 L 43, p. 13.

verminderde concurrentiedruk zou bovendien tot gevolg hebben dat Tetra Laval minder geneigd zou zijn tot het doen van nieuwe investeringen op het gebied van kartonverpakkingen.

Tetra Laval was bereid verbintenissen aan te gaan. Zij bood onder meer aan Tetra Pak en Sidel gedurende tien jaar gescheiden te houden, en om geen gecombineerde aanbiedingen van kartonverpakkingen en door Sidel geproduceerde SBM-machines te doen, en om de verplichtingen na te komen die zijn opgelegd bij de Commissie beschikking uit 1991 betreffende een procedure op grond van artikel 82 EG.² De Commissie was van mening dat dergelijk verbintenissen niet volstonden om de structurele problemen die het gevolg van de concentratie zouden zijn, te verhelpen en stelde dat het bovendien nagenoeg onmogelijk zou zijn om de naleving van dergelijk verbintenissen te controleren. Bij een tweede beslissing in januari 2002³ gebood de Commissie dat de fusie ongedaan werd gemaakt teneinde de voorwaarden voor effectieve concurrentie op de relevante markt te herstellen. Tetra Laval tekende beroep aan tegen deze uitspraken.

Gerecht van Eerste Aanleg

In oktober 2002⁴ vernietigde het GvEA de verbodsbeschikking van de Commissie. Het GvEA oordeelde dat de Commissie haar conclusies aangaande hefboomwerking van de concentratie en de versterking van de machtspositie van Tetra Laval op de markt voor kartonverpakkingen niet deugdelijk had bewezen.

Het GvEA is het niet eens met de stelling van de Commissie dat de concentratie tot mededingingsbeperkende conglomerateffecten leidt en de nieuwe entiteit ook daadwerkelijk de middelen en beweegredenen verschaft om de positie op de markt voor kartonverpakkingen te gebruiken als een hefboom teneinde zich eveneens een machtspositie op de markt voor SBM-machines te verwerven. Het GvEA merkt op dat een dergelijke machtspositie niet uit de concentratie op zich voortvloeit, maar uit voorzienbare gedragingen van de nieuwe entiteit. De Commissie dient deugdelijk bewijs te leveren voor de conclusie dat een concentratie binnen afzienbare tijd inderdaad een machtspositie in het leven zal roepen of versterken. Teneinde de voorzienbaarheid van gedragingen van de nieuwe entiteit te kunnen vaststellen, moet de Commissie alle omstandigheden onderzoeken die dat gedrag kunnen bepalen. Daarbij moet de Commissie niet alleen rekening houden met de beweegredenen voor mededingingsbeperkend gedrag, maar ook met factoren die de neiging daartoe tegengaan zoals de kans van vervolging en bestraffing van dat mededingingsbeperkende gedrag. Dergelijke vaststellingen ontbraken en hoewel het GvEA vond dat de nieuwe entiteit in beginsel inderdaad een hefboomwerking kon uitoefenen, kwam het tot

de slotsom dat de Commissie niet haar verplichting was nagekomen om aan te tonen dat de eventuele uitoefening van een hefboomwerking tegen 2005 zou hebben geleid tot de vorming of versterking van een machtspositie op de betrokken markten.

Wat betreft de bezwaren van de Commissie met betrekking tot de uitschakeling van de potentiële concurrentie op de markt voor kartonverpakkingen, concludeerde het GvEA dat de versterking van de machtspositie niet automatisch uit het bestaan van een machtspositie zelf voortvloeide en door de Commissie in dit geval niet afdoende was bewezen.

Beroep van de Commissie

De Commissie was van mening dat het GvEA haar beoordelingsvrijheid te zeer had beperkt en dat het GvEA zijn eigen beoordeling voor die van de Commissie in de plaats had gesteld. De Commissie tekende beroep aan tegen deze uitspraak en voerde daartoe vijf middelen aan. Hierna zullen middel drie en vijf buiten beschouwing worden gelaten, aangezien deze middelen voor het merendeel de beoordeling van feiten en bewijselementen door het GvEA ter discussie stellen, welke beoordeling door het Hof niet kan worden getoetst in hoger beroep. De overige middelen worden wel inhoudelijk behandeld en spitsen zich toe op de draagwijdte van de rechterlijke toetsing (middel een); de eis dat de Commissie rekening moet houden met de onwettigheid van gedragingen die het mededingingsbeperkend effect van de concentratie veroorzaken en dat de Commissie moet beoordelen of aangeboden verbintenissen tegengewicht kunnen vormen voor dergelijk gedrag (middel twee); en de versterking van de machtspositie van Tetra Laval op de kartonverpakkingsmarkt door het wegvallen van potentiële concurrentie (middel vier).

Beoordeling Hof

Eerste middel

In het eerste middel verwijt de Commissie het GvEA dat het een te streng toetsingscriterium heeft toegepast, namelijk het vereiste dat deugdelijk bewijs ('convincing evidence') wordt overgelegd. Het GvEA zou aldus artikel 230 EG hebben geschonden omdat het voorbij gaat aan de beoordelingsmarge die de Commissie heeft inzake complexe vragen van economische en feitelijke aard. In r.o. 38 erkent het Hof dat de concentratieregeling de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid geeft, met name op het punt van economische beoordelingen. Maar die beoordelingsmarge staat er niet aan in de weg dat de gemeenschapsrechter de interpretatie door de Commissie van economische gegevens kritisch toetst. In r.o. 39 benadrukt het Hof dat de gemeenschapsrechter niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en de samenhang ervan, dient te controleren. Hij moet ook controleren of die elementen

2 Beschikking 92/163/EC, van 24 juli 1991 (Tetra Pak II – IV/31043), Pb. 1992, L 72, p.1.

3 Beschikking 2004/103/EG, van 30 januari 2002, Pb. 2004, L 38, p. 1.

4 Arrest T-80/02, van 25 oktober 2002, Jurispr. P. II-4519.

het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. Een dergelijke controle is des te noodzakelijker in het geval van een bij het onderzoek van een voorgenomen concentratie met conglomerateffect uit te voeren prospectieve analyse.

Vervolgens bekrachtigt het Hof het oordeel van het GvEA dat in het geval van een conglomeraatconcentratie aan de analyse van de Commissie dezelfde eisen gesteld moeten worden als in de rechtspraak zijn vastgesteld met betrekking tot het in het leven roepen van een collectieve machtspositie. Een dergelijke analyse vergt een zorgvuldig onderzoek van alle omstandigheden die voor de beoordeling van de effecten op de mededingingssituatie relevant kunnen zijn. Het GvEA heeft dan ook geenszins een voorwaarde inzake het vereiste bewijsniveau toegevoegd, maar enkel herinnerd aan de kernfunctie van bewijs, namelijk dat het de overtuiging doet ontstaan dat een concentratiebeschikking gegrond is.

Een analyse van een concentratie met conglomerateffecten is een prospectieve analyse waarbij moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben om uit te maken wat de meest waarschijnlijke toekomstige scenario's zijn. Gezien het ruime tijdsbestek waarop de vooruitzichten betrekking hebben, is het verre van eenvoudig aan te tonen welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben en is een mededingingsbeperkende hefboomwerking moeilijk te voorspellen. Het GvEA heeft derhalve op correcte wijze gepreciseerd wat het niveau dient te zijn van het door de Commissie over te leggen bewijs.

Tweede middel

Met haar tweede middel vecht de Commissie de redenering van het GvEA aan dat zij verplicht is rekening te houden met de invloed van de onwettigheid van bepaalde gedragingen op de beweegredenen voor de nieuwe entiteit om gebruik te maken van een hefboomwerking, en om te beoordelen of de verbintenissen om geen onrechtmatige gedragingen te begaan, voldoende tegenwicht bieden. Uit r.o. 59-60 blijkt dat de Commissie meent dat als die redenering gevolgd zou worden, een ex-ante concentratiecontrole niet meer nodig zou zijn, aangezien artikel 82 EG dan voldoende zou zijn om machtsmisbruik te voorkomen. Bovendien zouden onoverkomelijke juridische en praktische hinderpalen het onderzoek van het afschrikwekkend effect dat uitgaat van het feit dat bepaalde gedragingen in strijd zijn met de wet, onmogelijk maken.

Het Hof geeft de Commissie gedeeltelijk gelijk. De Commissie dient de waarschijnlijkheid van de gedragingen die het hefboomeffect veroorzaken volledig te onderzoeken, met inachtneming van zowel de positieve beweeggronden, als de omstandigheden die een dergelijk effect tegengaan of uitschakelen, met inbegrip van de mogelijke onwettigheid van die gedragingen. Maar het zou tegen de preventiedoelstelling van de concentratiecontrole ingaan indien de Commissie bij iedere voorgenomen concentratie zou moeten nagaan of de betrokken gedragingen onwettig zijn, of ze aan het licht zullen komen, en of ze vervolgd en gesanctioneerd zullen worden. Dat zou immers een

volledig en gedetailleerd onderzoek vergen ook van de regelgeving en het strafbeleid van de diverse toepasselijke nationale rechtsstelsels. Een dergelijk onderzoek in de fase van de beoordeling van een voorgenomen concentratie zou te speculatief zijn. Maar dit betekent niet dat het middel volstaat om het arrest te vernietigen.

Volgens het Hof was het bestreden arrest immers evenzeer gebaseerd op het feit dat de Commissie ten onrechte geen rekening had gehouden met de door Tetra Laval voorgestelde verbintenissen. In het Gencor-arrest leidde de concentratie zelf direct tot het ontstaan van een duopolische machtspositie en veranderde de concentratie op zichzelf op duurzame wijze de structuur op de betrokken markten. In dit geval zou de structuur van de markt voor kartonverpakkingen slechts in geringe mate wijzigen en zou de structuur van de markt voor SBM-machines slechts als gevolg van een hefboomwerking worden beïnvloed, en met name door misbruiken van de nieuwe entiteit op de kartonmarkt. Daarom heeft het GvEA op goede gronden opgemerkt dat de Commissie rekening had moeten houden met de door Tetra Laval onderschreven verbintenissen betreffende de toekomstige gedragingen van de nieuwe entiteit.

Vierde middel

In het vierde middel betoogt de Commissie dat het GvEA de feiten onjuist heeft voorgesteld en derhalve ten onrechte haar conclusie dat de voorgenomen concentratie de machtspositie van Tetra Laval op de kartonverpakkingmarkt zou versterken niet heeft aanvaard. Daarnaast stelt de Commissie dat geen verband bestaat tussen de potentiële mededinging en de bestaande concurrentie tussen de onderneming met de machtspositie en de andere ondernemingen op de betrokken markt. Voor een groot deel betreft dit middel de beoordeling van bewijs-elementen door het GvEA, waartegen geen beroep openstaat. Het ontvankelijke deel van het vierde middel wordt door het Hof vervolgens ongegrond verklaard.

Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt dient de Commissie rekening te houden met een aantal elementen waaronder de structuur van de betrokken markt(en), de bestaande of potentiële mededinging, de positie van de betrokken ondernemingen, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, toetredingsdrempels en de ontwikkeling van vraag en aanbod. Het GvEA heeft dus op goede gronden in herinnering gebracht dat het enkele feit dat de acquirerende onderneming op de betrokken markt reeds over een zeer duidelijke machtspositie beschikt, weliswaar een belangrijk gegeven vormt, maar op zichzelf niet de conclusie kan wettigen, dat haar positie wordt versterkt door een vermindering van de potentiële mededinging. Dit is maar één van de in aanmerking te nemen elementen bij de beoordeling of een concentratie de versterking van een machtspositie tot gevolg kan hebben. Denkbaar is dat een verzwakking van die potentiële mededinging door andere elementen wordt gecompenseerd, zodat per saldo de concurrentiepositie van de dominante onderneming niet verandert.

Nu Tetra Laval had aangevoerd dat het uitblijven van vernieuwingen in de kartonsector in feite de bestaande concurrenten van Tetra Laval op die markten in de kaart speelde, had de Commissie moeten aantonen dat het wegvallen van de potentiële concurrentie van Sidel toch een sterke motivatie voor de nieuwe entiteit zou vormen om de prijzen te verhogen of om minder te innoveren.

Commentaar

De norm voor rechterlijk toezicht

De uitspraak van het GvEA in 2002, in een versnelde procedure, was, na de arresten *Airtours* en *Schneider* eerder dat jaar, de derde in een serie waarbij kort na elkaar verbodsbeschikkingen in concentratiezaken werden vernietigd. Zij tonen de bereidheid van het GvEA effectief toezicht uit te oefenen op de feitelijke beoordeling door de Commissie van complexe concentratiedossiers. Hoewel de Commissie niet op alle punten in het ongelijk werd gesteld, speelden de nederlagen de critici in de kaart die vonden dat de Commissie te weinig oog had voor de economische realiteit in concentratiezaken. De Commissie heeft de hand in eigen boezem gestoken en tracht door de benoeming van een ‘chief economist’ en de instelling van een ‘peer review panel’ haar analyses te verbeteren.

Het beroep van de Commissie in de hier besproken zaak *Tetra Pak* kreeg het karakter van een testcase. De hamvraag was of het Hof de strengheid van het GvEA zou steunen. Daarbij moet bedacht worden dat het Hof in een beroep als het onderhavige niet in tweede instantie de feiten opnieuw zelfstandig onderzoekt en beoordeelt. De hogere voorziening is beperkt tot rechtsvragen, al is de grens tussen feitelijke en rechtsvragen geen scherpe. De ‘cassatiegrond’ inhoudende dat het GvEA het gemeenschapsrecht heeft geschonden biedt het Hof voldoende ruimte te onderzoeken of het GvEA alle relevante elementen in de beoordeling heeft betrokken. In deze zaak gaat het er met name om of het GvEA de juiste normen heeft aangelegd wanneer het de rechtmatigheid van een Commissie concentratiebeschikking moet toetsen, en vervolgens (voorzover er rechtsvragen aan de orde zijn) of de test in casu ook inhoudelijk correct is toegepast.

Net als in de zaken *Airtours* en *Schneider* had het GvEA ook in het hier besproken dossier de feiten zeer uitvoerig onderzocht, om tot de conclusie te komen dat de Commissie het weliswaar principieel, qua toetsingsnorm, bij het rechte eind had maar dat haar economische analyse tekortschoot, namelijk op onvoldoende bewijs stelde. Het GvEA aanvaardde in het algemeen zowel de toepassing van de hefboomtheorie in conglomeraatconcentraties als de theorie van de Commissie omtrent de potentiële concurrentie. Echter, zo is af te leiden uit het arrest van het GvEA, met name voor conglomeraatconcentraties, waarvan de gevolgen voor de mededinging zo niet positief dan toch in ieder geval veelal neutraal zullen zijn, vergt een verbod vanwege anti-concurrentiële effecten een zeer nauwkeurig onderzoek en ondersteuning door

overtuigend bewijs. Het Hof bevestigt de juistheid van dit oordeel.

Die conclusie is ons inziens niet opzienbarend. Immers, als hoofdregel geldt voor concentraties, die een normaal en in beginsel positief te waarderen verschijnsel zijn in ons dynamisch-economisch stelsel, dat een verbod wegens onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, hoge uitzondering behoort te zijn. Voorts geldt dat het bij de beoordeling van de effecten van een concentratie om een voorspelling van de toekomstige marktstructuur en potentiële gedragingen gaat. De bewijsvoering is moeilijk en grote behoedzaamheid is geboden. Zoals Van Gerven signaleert, kan de creatie van een machtspositie niet met absolute zekerheid worden bewezen en kan er enkel sprake zijn van een hoge graad van waarschijnlijkheid dat een dergelijke positie in de toekomst zal bestaan, zodat de analyse noodzakelijkerwijs eerder structuur dan gedragsgeoriënteerd zal zijn.⁵ De kwaliteit van het bewijs, dat bestaat uit analyses die waarschijnlijke toekomstige ontwikkelingen moeten aantonen, is van fundamenteel belang.

A fortiori is dit uitgangspunt van toepassing in het geval van concentraties zonder horizontale of verticale overlapping. Bij het type conglomeraatconcentraties, en verwante zaken met zogenoemde ‘portfolio-aspecten’, alsook concentraties die een collectieve machtspositie in het leven roepen of versterken, is overtuigend bewijs nodig dat anti-concurrentiële effecten zich zeer waarschijnlijk daadwerkelijk zullen voordoen. Aan de geloofwaardigheid van het bewijs van de toekomstige economische ontwikkelingen die de gronden vormen voor een verbod mogen mitsdien bijzonder strenge eisen worden gesteld. Met andere woorden, naarmate de prospectieve analyse, inherent aan concentratiecontrole, met meer onzekerheid gepaard gaat (dat wil zeggen minder duidelijk is welke oorzaken welke gevolgen zullen teweegbrengen) is er minder reden voor een terughoudend optreden van de rechter. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming is de logica hiervan evident.

Dat betekent niet dat er sprake is van een nieuwe standaard waarbij de rechter zijn oordeel in de plaats stelt van dat van de mededingingsautoriteit. Het Hof erkent dat de Commissie een zekere beoordelingsmarge heeft in complexe dossiers maar dat neemt niet weg dat de rechter wel degelijk zorgvuldig moet onderzoeken of het bewijsmateriaal betrouwbaar is én afdoende om de beschikking op te baseren. Bij de prospectieve analyse in concentratiezaken, en temeer in conglomeraatzaken, luistert dat om de geschetste redenen nauwer dan in andere mededingingsdossiers waar een wat grotere terughoudendheid past bij het rechterlijk toezicht op de beoordeling van feiten en economische omstandigheden uit het verleden die ten grondslag liggen aan een beschikking. Er is ons inziens principieel niets nieuws onder de zon. Het GvEA heeft vanaf het begin nooit gearzeld een onderzoek naar de (uitleg van de) feiten en het bewijsmateriaal in te stellen in zijn toezicht op de besluitvorming van de Commissie, een

⁵ Handels- en Economisch Recht, deel 2 Mededingingsrecht, 1996, Story-Scientia, § 652.

en ander met respect voor het uitgangspunt dat de Commissie in complexe economische aangelegenheden een zekere beoordelingsruimte heeft. Dat dit toezicht extra kritisch is in concentratiedossiers, en dan vooral in het toetsen van de toekomstige potentiële effecten van onder andere conglomeraatconcentraties, doet geen afbreuk aan dit uitgangspunt.

De vraag rijst of de op Europees niveau gehanteerde norm van rechterlijk toezicht afwijkt van het toezicht dat de Nederlandse rechter uitoefent op negatieve concentratiebeslissingen van de NMa. In de zaak Essent oordeelde het CBB dat in beroep onder meer moet worden bezien niet alleen of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust maar ook of de NMa op juiste wijze invulling heeft gegeven aan de wettelijke begrippen en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen.⁶ Bovendien is het CBB van mening dat de enkele vaststelling van een machtspositie in de regel ontoereikend is voor de conclusie dat ook aan het vereiste van een significante belemmering van de mededinging is voldaan.⁷ Echter, of het onderzoek van de rechtbank naar de economische analyses van de NMa en de controle van het CBB op de toetsing door de rechtbank even ver gaan als die van het GvEA en het Hof is niet zonder meer te zeggen. Onze indruk is, zonder hier nu uitvoerig op in te gaan, dat het CBB minder indringend toetst dan het Hof in Europese concentratiedossiers voorschrijft, en juist in concentratiezaken vanwege de complexiteit méér ruimte lijkt te laten aan de mededingingsautoriteit. Zo de visie van het CBB op dit laatste punt inderdaad afwijkt van die van het Hof, rijst de vraag of de Nederlandse benadering geen bijstelling behoeft. Immers, divergentie in rechterlijk toezicht is niet wenselijk bij de toepassing van een in toenemende mate convergerend materieel mededingingsrecht, met verfijnde spelregels voor verwijzing tussen lidstaten en Commissie.

Na de vaststelling van de normen voor beoordeling van de rechtmatigheid van een concentratiebeschikking, is van belang of het GvEA deze normen in concreto correct heeft toegepast. A-G Tizzano was het met de Commissie eens dat het GvEA zijn bevoegdheid had overschreden door zonder afdoende onderbouwing haar conclusie aangaande de voorzienbare groei van de markt voor PET-verpakkingen voor houdbare melk te verwerpen en daar vervolgens zijn eigen conclusie voor in de plaats te stellen.⁸ Het Hof volgt de AG echter niet. Het Hof concludeert, in slechts twee paragrafen (46-47), dat de door het GvEA concreet uitgevoerde rechterlijke toetsing de grenzen die gelden voor de toetsing door de gemeenschapsrechter van een administratieve beslissing, niet heeft overschreden. Het GvEA heeft slechts geconcludeerd dat de analyse van de Commissie onvolledig was en de bewijzen weinig overtuigend, waardoor het moeilijk was haar prognoses te aanvaarden. De overige argumenten van de Commissie

betreffen volgens het Hof feitelijke beoordelingen, die niet door het Hof in hoger beroep getoetst kunnen worden. In wezen laat het Hof toe dat het GvEA een eigen interpretatie geeft van economische vraagstukken, gepresenteerd als het corrigeren van onvolledig bewijs en elkaar tegensprekende prognoses.

Tweede middel

Het Hof is, anders dan de A-G, niet ingegaan op het argument van de Commissie dat de bewijslast die het GvEA haar oplegde in feite leidde tot een presumptie van wettigheid van concentraties, terwijl de Concentratieverordening ('CoVo') de Commissie 'symmetrische verplichtingen' oplegt. Symmetrie in de zin dat de CoVo dezelfde bewijsstandaard hanteert, ongeacht of de Commissie een voorgenomen concentratie goedkeurt dan wel verbiedt. A-G Tizzano verwierp dit symmetrie-argument, met de stelling dat in twijfelgevallen, waar de economische ontwikkelingen bijzonder moeilijk zijn te voorspellen, de Commissie de transactie moet goedkeuren.⁹ Hij baseert zijn conclusie op het feit dat de CoVo expliciet vermeldt dat indien de Commissie niet binnen de voorgeschreven termijnen tot een beslissing komt, de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt geacht te zijn, en op het feit dat artikel 82 EG voorziet in ex post controle van de nieuwe entiteit.

Het Hof geeft dus niet expliciet aan dat een rol is weggelegd voor het misbruiktoezicht in relatie tot het concentratiezicht in 'grijze' zaken, waar het al dan niet mededingingsbeperkende effect van de concentratie afhangt van in de toekomst liggende, onzekere factoren. Maar het Hof zegt ook niet dat dit niet het geval zou kunnen zijn. De Commissie had in haar tweede middel te kennen gegeven dat het misbruiktoezicht geen rol speelde bij de beoordeling van concentraties en dat integendeel het vermoeden dat een onderneming met een machtspositie het rationeel kan vinden om concurrenten uit te sluiten en/of haar afnemers uit te buiten, en dus om inbreuk te maken op artikel 82 EG, in de CoVo is neergelegd. De Commissie legt derhalve de prioriteit bij het concentratie-toezicht, daar waar de A-G meent dat het bestaan van een misbruiktoezicht er toe leidt dat in het geval van twijfel een concentratie goedgekeurd dient te worden. In zijn optiek verdient het de voorkeur dat zulke zaken worden goedgekeurd die later de mededinging blijken te beperken, dan dat concentraties worden verboden die geen mededingingsbeperkende effecten zullen hebben (zo ten onrechte de vrijheid van economische entiteiten beperkend). Deze opinie van Tizzano zal mogelijkerwijs nog een rol spelen in toekomstige zaken.

In de onderhavige zaak draait het om mogelijk toekomstig gedrag van de nieuwe entiteit, hierin bestaande dat door middel van 'leverage' van de dominantie op de ene markt (karton) een machtspositie zou ontstaan op een andere markt (PET-equipment). Dat is een indirect effect, door gedrag dat eventueel misbruikelijk ex artikel 82 zou kunnen zijn (bijvoorbeeld 'tying/bundling', of onwettige kortingsstelsels, of 'predatory pricing'). Om dit gevolg te

6 CBB, 27 september 2002, LJN: AE 8688, Essent tegen NMa, paragraaf 6.1; en Pres. CBB 19 oktober 2001, LJN: AD 5260.

7 CBB, 27 september 2002, LJN: AE 8688, Essent tegen NMa, paragraaf 6.3.

8 Conclusie AG Tizzano voor C-12/03 P, paragraaf 92-93.

9 Conclusie AG Tizzano voor C-12/03 P, paragraaf 75-81.

vermijden, had Tetra Pak ‘corrigerende maatregelen’ aangeboden. Zoals bekend, wil de Commissie slechts structurele verbintenissen, zoals het afstoten van een (deel van een) onderneming of het in licentie geven van een bepaalde techniek, in aanmerking nemen die negatieve gevolgen van een concentratie voor de effectieve mededinging voorkomen.¹⁰ Dit arrest lijkt hierin verandering te brengen. Als partijen verbintenissen aanbieden teneinde een oplossing te creëren voor mededingingsproblemen, dient de Commissie al die verbintenissen inhoudelijk te beoordelen, ongeacht of die bestaan uit structurele of gedragsverbintenissen. In casu had Tetra Laval onder meer aangeboden zich (uiteraard) te houden aan de eerder opgelegde verplichtingen in de artikel 82-zaak, zou zij geen koppelverkoop (gecombineerde aanbiedingen) plegen van SBM-machines en kartonverpakkingen en zou Sidel een aantal jaren gescheiden van overige Tetra-ondernemingen worden gehouden. Ook gedragsverbintenissen (‘commitments which are prima facie behavioral’) kunnen dus in staat zijn om het ontstaan of versterken van een machtspositie te verhinderen (Ov. 86).

Afronding

Thans is bevestigd dat in het Europese recht aan het GvEA een fundamentele rol toekomt in beroepsprocedures in concentratiedossiers, waarbij de rechter het bewijs en de economische analyse van de Commissie kritisch mag en moet beoordelen. Dat zal gevolgen hebben voor de administratieve meldingsprocedure bij de Commissie en zal ook consequenties hebben voor de betrokken bedrijven. Die zullen in complexe dossiers blijvend met veel vragen worden geconfronteerd. Het maakt de taak van zowel partijen als de Commissie en de rechter niet eenvoudiger in een tijd waar ‘efficiency-argumenten’ een grotere rol spelen en economen steeds nieuwe, meer gesofisticeerde theorieën en modellen ontwikkelen maar er ook onder economen bepaald geen eensgezindheid bestaat over waarde en gewicht van die theorieën. De verwachting is dat de Commissie in de loop van dit jaar richtsnoeren zal publiceren voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van niethorizontale (i.e. verticale en conglomeraat)concentraties. De basis daarvan is gelegd in het zeer lijvige, in opdracht van de Commissie, door prof. Church geschreven rapport ‘The impact of Vertical and Conglomerate mergers on Competition’.¹¹ De (theoretische) modellen in dit rapport laten zien hoe buitengewoon moeilijk het is tot een verantwoord afgewogen oordeel te komen om een fusie te verbieden.

Zou de Commissie in het gelijk zijn gesteld, dan zou dit de vrijheid van de mededingingsautoriteit hebben vergroot en zou de positie van de fuserende ondernemingen, die zich toch al in een lastige positie bevinden omdat zelfs een versnelde rechterlijke procedure vanwege de duur een onaantrekkelijke optie is, verder zijn verzwakt. Het wachten is nu op de uitspraak van het GvEA in de zaak GE/Honeywell, waar soortgelijke vragen spelen als in het hier besproken dossier over het aanbieden van

gedragsverbintenissen en het versterken van de bestaande machtspositie van GE door het wegvallen van Honeywell als een potentiële innovatiepartner voor de concurrenten van GE. Het GvEA weet zich gesterkt door het Hof, en partijen weten dat de kans zeer gering is dat het Hof op inhoudelijke gronden het GvEA zal terugfluiten.

¹⁰ Mededeling van de Commissie inzake corrigerende maatregelen, Pb. 2001, C68/3.

¹¹ September 2004, <http://europe.eu.int/comm/competition/index-en>.

Redactioneel

Staatssteun en de nationale rechter*

Veel aandacht in kringen van geïnteresseerden in het mededingingsrecht bestaat deze dagen voor de modernisering van artikel 82 EG en voor wat wordt aangeduid als civiele handhaving. De belangstelling voor het staatssteunrecht blijft daarbij wat achter, hetgeen frappant is als men bedenkt dat de Commissie jaarlijks honderden zaken beoordeelt en het GvEA en het Hof vele arresten op dit terrein wijzen. Daarbij komt dat Commissaris Kroes dit onderdeel van het mededingingsrecht tot haar prioritaire aandachtsgebied heeft verklaard.

De plannen tot modernisering van het staatssteunrecht zijn verrat in het in de zomer van 2005 gelanceerde veelomvattende 'State Aid Action Plan' ('less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009'). Dit meerjarenproject is mede ingegeven door de uitbreiding met tien lidstaten, de behoefte aan stroomlijning van het beleid en, ook hier, het inzicht dat een meer economische benadering van het nut en de effecten van steunmaatregelen gewenst is. De belangstelling van juristen zal voornamelijk uitgaan naar de beoogde modernisering van de interne Commissie procedures en de eisen gesteld aan meldingen, naar de voorwaarden van nieuwe groepsvrijstellingen en, last but not least, naar de plannen tot meer effectieve handhaving van het regime. Dat laatste onderwerp betreft dan in de eerste plaats de snelle terugbetaling van steun ter uitvoering van negatieve Commissiebeschikkingen. Zo werden bijvoorbeeld in 2004 22 terugvorderingsbeschikkingen genomen en waren er begin 2005 meer dan 90 dossiers waarin terugbetaling was bevolen maar nog niet was geëffectueerd. De Commissie, daarin gesteund door het Europees Parlement, onderzoekt de mogelijkheden om te komen tot de vorming van een netwerk van nationale autoriteiten (bijvoorbeeld de Rekenkamers) om haar te assisteren bij het toezicht op naleving van de staatssteunbepalingen. Het tweede aspect van de effectieve handhaving betreft, als in het kartelrecht, het thema van de civiele handhaving door middel van procedures voor de nationale rechter; de

rechter, die een grotere rol zou moeten spelen bij de toepassing van de rechtstreeks werkende 'standstill'-bepaling van artikel 88(3) EG en bij de toepassing van groepsvrijstellingen en 'de minimis'-drempels.

Het valt op dat buiten het mededingingscircuit recent in Nederland veel aandacht is besteed aan de handhaving van het staatssteunregime op nationaal niveau. Zo was er een 'expertmeeting' in maart 2005, georganiseerd door de Universiteit Leiden, over 'De rol van de Nederlandse rechter bij geschillen over staatssteun'. Gediscussieerd is over de oorzaak van de verschillen in aanpak in rechterlijke uitspraken en over de vraag hoe tot een vanuit Europeesrechtelijk perspectief acceptabele invulling van de taken van de Nederlandse rechter op dit gebied kan worden gekomen die tevens aansluit bij het Nederlandse rechtstelsel. Eveneens vorig jaar publiceerde het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken van de Universiteit Tilburg een lijvig rapport getiteld 'Terugvordering van Staatssteun; een rechtsvergelijkend onderzoek'.¹ De focus van deze studie ligt op de terugvorderingsproblematiek in Nederland, Duitsland, Frankrijk, België, Zweden en Malta. De mengeling van Europeesrechtelijke met nationaal bestuursrechtelijke, civielrechtelijke en, in voorkomende gevallen, fiscaalrechtelijke elementen en het rechtsvergelijkende karakter maken deze materie complex en boeiend, te meer daar nog niet alles is uitgekristalliseerd in de rechtspraak. Ook de beoefenaren van het bestuursrecht hebben de smaak te pakken. De VAR wijdde in 2005 zijn jaarvergadering aan het thema 'Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht'; waarbij gedebatteerd is aan de hand van een drietal preadviezen.² Het Europese staatssteunrecht pur sang komt uitgebreid aan bod, en laat zien dat de problematiek van handhaving er een is die de gemoederen al tientallen jaren bezighoudt, lang voordat deze materie de aandacht trok van een brede kring in het bestuurs-

1 In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum (WODC) van het Ministerie van Justitie, op verzoek van de Ministeries van Justitie, Binnenlandse Zaken en Financiën.

2 Vereniging van Bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers, 134/2005. Zie ook: A.J.C. de Moer-van Vught, *NTB* 2005, 14 voor een bespreking van de preadviezen.

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2006, afl. 2, p. 65-67.

recht geveerde juristen. De materie heeft trouwens ook veel civielrechtelijke componenten; die komen er wat bekaaid af doordat staatssteun vooral als een bestuursrechtelijk fenomeen wordt gezien. In dit korte overzicht mag verder niet onvermeld blijven de promotie begin dit jaar van Adriaanse op het onderwerp 'Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun',³ met uit de aard der zaak bijzondere aandacht voor de perikelen rond terugvordering zoals onder meer de rol van het vertrouwensbeginsel. Ook in dit lezenswaardige proefschrift vindt men een bespreking van enerzijds de publieke handhaving op communautair niveau door de Commissie en, bij de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen, op nationaal niveau met hulp van de nationale rechter; en anderzijds de private handhaving (langs civielrechtelijke en bestuursrechtelijke weg), op nationaal niveau uitgaande van de rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht waarop belanghebbenden, zoals concurrenten van de steunontvanger, zich kunnen beroepen.

Alsof dit alles nog niet voldoende is, wil ik verder wijzen op de, ten tijde van het verschijnen van dit nummer op internet gepubliceerde, in opdracht van de Commissie vervaardigde studie 'Enforcement of EC State Aid Law at National Level'. Schrijver dezes is een van de drie coördinatoren en hem past dus bescheidenheid.⁴ Het rapport is ten dele een update van een, eveneens in opdracht van de Commissie, in 1999 verschenen rapport en inventariseert de toepassing, in de meest ruime zin, van het staatssteunrecht door de nationale rechter in de 15 oude lidstaten. Het onderzoek strekte verder dan uitsluitend de private handhaving welke onderwerp is van het zogenaamde Ashurst-rapport uit 2004 dat zich concentreert op schadeclaims wegens schending van de artikelen 81 en 82 EG. Nieuw, ten opzichte van de studie uit 1999, is de meer uitvoerige aandacht voor de terugvordering van onrechtmatige steun.

Het eerste deel van het empirische onderzoek behandelt alle facetten van de rol van de nationale rechter op het terrein van het staatssteunrecht. Alle gevonden 357 zaken uit de 15 lidstaten worden besproken, gerubriceerd naar type procedure, zoals bijvoorbeeld: procedures aangespannen door de lidstaat tegen de begunstigde; procedures gericht op schadevergoeding, terugvordering of een verbod, aangespannen door een concurrent van de begunstigde tegen de lidstaat; of procedures aangespannen door een onderneming die onderworpen is aan een (parafiscale) heffing en die zich verzet tegen de vrijstelling van zo'n heffing voor andere ondernemingen, of anderszins de aanwending van de opbrengst van de heffing om een steunmaatregel te financieren. Opvallend is dat in totaal de helft van alle zaken deze laatste categorie betreft; in Nederland gaat het om 19 van de 45 getraceerde uitspraken.⁵ Een van

de aanbevelingen van dit eerste deel is dat de Commissie de mogelijkheid zou moeten onderzoeken om te komen tot een 'remedies' richtlijn, gemodelleerd naar het voorbeeld van zo'n richtlijn in het aanbestedingsrecht, om de rechtspositie van de door een steunmaatregel benadeelde concurrent te versterken.

Het tweede deel, opgesteld met gebruikmaking van de ervaringen en inzichten van de speciale 'enforcement unit' van DG Concurrentie, is geheel gewijd aan de terugvordering ingevolge een negatieve Commissiebeschikking. De focus ligt op die lidstaten die met het grootste aantal terugvorderingsbevelen zijn geconfronteerd: België, Frankrijk, Duitsland, Italië en Spanje. Aan de hand van praktijkgevallen wordt stilgestaan bij de problemen waarmee de Commissie zoal te maken heeft: welke materiële en procedurele nationale regels beheersen de terugvordering; hoe kan worden bewerkstelligd dat ingevolge artikel 14(3) van de procedureverordening 659/99 een beschikking onverwijld wordt geïmplementeerd; welke rol speelt het vertrouwensbeginsel; en hoe te handelen in het dikwijls voorkomende geval dat de ontvanger van onrechtmatige steun in surseance geraakt of zijn activa verkoopt? De geloofwaardigheid van het staatssteunbeleid valt of staat met de naleving van de aanmeldingsplicht en, waar sprake is van onrechtmatige steun, de ongedaanmaking daarvan. Overigens zijn de Nederlandse rechtszaken over terugvordering op de vingers van een hand te tellen.

Het toeval wil dat recent twee van onze hoogste rechtscolleges belangrijke uitspraken deden in geschillen die betrekking hadden op de hierboven geschetste problematiek. De Hoge Raad,⁶ in een civiel kort geding gericht tegen de uitvoering van een steunmaatregel, oordeelde in oktober 2005 over de reikwijdte van de standstill-verplichting van artikel 88(3) EG. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof duurt de 'standstill' voort tijdens de formele onderzoeksperiode ('tweede fase') van artikel 88(2) j°. artikel 6 Vo. 659/ 1999. De HR heeft nu vastgesteld dat de opening van zo'n onderzoek niet noodzakelijkerwijze impliceert dat de Commissie vooralsnog van opvatting is dat er sprake is van staatssteun, en dat de nationale rechter daaraan gebonden is. Met andere woorden, niettegenstaande de inleiding van een 'tweede fase' behoudt de nationale rechter de vrijheid zélf een oordeel te vellen of er in het aan hem voorgelegde geval sprake is van staatssteun; vindt hij van niet, dan is er geen plaats voor een gebod of verbod op grond van de standstill-verplichting.

Een verrassende uitspraak gelet op de dwingende tekst van artikel 88(3) en de strenge jurisprudentie van het Hof. Toch is begrip mogelijk voor het praktische standpunt van de HR om de nationale rechter enige speelruimte te geven in die gevallen waar, zoals in casu, in de openingsbeslissing van de Commissie 'zelfs niet een voorlopig oordeel ligt besloten dat van staatssteun sprake zou zijn'. De rechter moet echter zorgvuldig met de hem geboden ruimte omgaan. Nationale rechters spelen een cruciale rol in de bescherming van de rechten van particulieren, met name

3 P.C. Adriaanse, Kluwer, Deventer 2006. Een 'follow up', zij het niet voor wat betreft het materiële recht, van het 'magnum opus' uit 1981 van copromotor J. Winter en van het evenzeer indrukwekkende proefschrift van T. Joris uit 1994.

4 De andere twee coördinatoren zijn T. Jestaedt en J. Derenne.

5 Uit de communautaire rechtspraak bekende Nederlandse voorbeelden uit die categorie zijn de zaken Streekgewest Noord-Brabant (C-174/02) en Pearle (C-345/02).

6 NJ 2006/ 130, met noot Mok.

waar het gaat om de procedurele verplichtingen van de lidstaten krachtens artikel 88. Zou de rechter in een geval als door de HR beslecht, bij een onderzoek naar de vraag of de aangevochten maatregel staatssteun oplevert het voordeel van de twijfel gunnen aan de betrokken lidstaat/begunstigde, dan zou dit afbreuk doen aan zijn plicht, als medehandhaver, om mogelijk gedupeerden effectieve rechtsbescherming te bieden. Bij een vermoeden dat sprake is van staatssteun behoort de standstill-verplichting te prevaleren. Overigens meen ik, anders dan door sommige auteurs betoogd,⁷ dat de rechter bij de kwalificatie van een maatregel als staatssteun dient te onderzoeken niet alleen of de criteria 'staatsmiddelen', 'voordeel' en 'selectiviteit' zijn vervuld, maar ook of de mededinging en de interstatelijke handel (kunnen) worden beïnvloed. Dat de Nederlandse overheid kennelijk het zekere voor het onzekere neemt en tot melding pleegt over te gaan als de eerste drie criteria zijn vervuld,⁸ is een politieke keuze die vanuit de optiek van gemeenschapstrouw is toe te juichen; de rechter heeft die keuzemogelijkheid evenwel niet en is gebonden aan het begrip 'steunmaatregel' in artikel 88(3) dat hetzelfde is als in artikel 87(1).

De andere uitspraak dateert van januari 2006 en is van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (deze uitspraak kon nog net worden meegenomen in een voetnoot in deel 2 van het hierboven besproken rapport). In dit nummer vindt u een interessante annotatie van deze uitspraak door Van Angeren. Centraal staat de spanning tussen de door de Commissie bevolen terugvordering van onrechtmatige steun en het vertrouwensbeginsel waar de RvS, terecht, kiest voor de strenge leer van het Hof, hoe pijnlijk ook voor de steunontvanger. Voorzover door de Staat fouten zijn gemaakt, zal dit zich moeten vertalen in een recht op schadevergoeding. Annotator concentreert zich, vooral door een bestuursrechtelijke bril, op de summiere vaststelling door de RvS, in een enkele zin, dat de bevoegdheid tot intrekking van de omstreden subsidie niet voortvloeit uit het gemeenschapsrecht (i.e. de Commissiebeschikking) maar een grondslag vereist in het nationale recht. Een opvatting waar, zoals beschreven in het eerdergenoemde in opdracht van de Commissie gemaakte rapport, onder andere in de Duitse rechtspraak veel over te doen is en waarvan men zich af kan vragen of die conform het gemeenschapsrecht is; het gemeenschapsrecht verlangt immers een onverwijld uitvoering van de Commissiebeschikking die bindend is in de nationale rechtsorde. Overigens valt op dat de RvS, zelf recht doende, de bevoegdheid tot intrekking in wezen baseert op het in artikel 10 EG verankerde beginsel van gemeenschapstrouw. In ieder geval voor die steunmaatregelen die berusten op privaatrechtelijke grondslag is, zou ik menen, geen behoefte aan een nationale 'tussenstap' (leningen, kapitaalinjecties, verkoop van grond, garanties etc., dit alles op niet-marktconforme voorwaarden). Hier kan worden uitgegaan van nietigheid van de betrokken rechtshandeling, en onverschuldigde betaling; bespre-

king hiervan gaat evenwel het kader van dit redactioneel te buiten.

Deze beschouwingen over staatssteun, geïnspireerd door de annotatie, mogen de aandacht niet afleiden van de overige bijdragen in dit nummer die alle uw belangstelling meer dan waard zijn. En die opnieuw illustreren hoe breed en boeiend het thema markt en mededinging is, en zal blijven.

7 Hessel en Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Kluwer 2001.

8 Informatiewijzer voor de decentrale overheid inzake Europese regelgeving over staatssteun; uitgave Ministerie BZK en Europa Decentraal.

Redactioneel

Varia: van predatory pricing tot plea bargaining*

Predatory pricing

‘Prijzen’ vormen een centraal thema in het mededingingsrecht, of het nu horizontale of verticale gedragingen dan wel ‘misbruik’ betreft. Over dat laatste onderwerp vindt u in dit nummer een annotatie bij de saga van de ‘Vrije Vogel’ over onder meer ‘excessieve prijzen’. Over ‘predatory pricing’, eveneens een vorm van ‘misbruik’, werd in het vorige nummer geschreven; een annotatie bij de *Wanadoo*-uitspraak van het GEA, een zaak die zich afspeelt in de telecomsector. De interactie tussen het generiek en sector-specifiek mededingingsrecht is in dit tijdschrift meermalen aan de orde geweest. Tot niet zo lang geleden was die interactie echter hoofdzakelijk één-dimensionaal: met name beoefenaars van het sector-specifiek mededingingsrecht gebruikten het generiek mededingingsrecht als inspiratiebron bij de toepassing van het sector-specifiek recht. Daarin begint nu geleidelijk verandering te komen. Vooral uit de recente telecomcommunicatie-jurisprudentie kunnen ook klassieke mededingingsrechtjuristen inspiratie putten.

Vermeldenswaard is onder meer de uitspraak van het College van Beroep van het bedrijfsleven van 20 maart 2007 (*LJN* BA1008). Centraal in deze zaak stond OPTA's besluit tot aanwijzing van KPN als AMM-aanbieder op de markt voor ‘transit(gespreksdoorgifte)diensten’ (voor een beschrijving van deze dienst volsta ik met hier te verwijzen naar de uitspraak van het CBb). Orange, onderdeel van het France Telecomconcern en concurrerende aanbieder van transitdiensten, had beroep ingesteld tegen dit besluit. Zij vond dat de door OPTA opgelegde (ex ante) verplichtingen niet ver genoeg gingen. Orange voerde onder meer aan dat OPTA ten onrechte geen verbod op roofprijzen had opgelegd aan KPN. In reactie daarop

stelde zowel OPTA als KPN dat het hanteren van roofprijzen voor KPN geen rationele strategie is, aangezien KPN nooit in staat zou zijn de geleden verliezen goed te maken. Het CBb ging daarin mee en overwoog in r.ov. 10.26.1 dat

‘wil deze strategie [van roofprijzen, TRO] rationeel zijn, KPN niet alleen in staat moet zijn haar concurrenten met lage prijzen van de markt te weren of te verdrijven, maar ook om de gederfde inkomsten vervolgens goed te maken door een tariefsverhoging’.

Aangezien niet aannemelijk was geworden dat ‘recoupment’ waarschijnlijk was, werd Orange's beroepsgrond verworpen.

Een verfrissende overweging die past bij een meer effect-georiënteerde benadering van het mededingingsrecht waarbij niet het belang van concurrenten maar, uiteindelijk, dat van consumenten centraal staat. Of deze lijn ook wordt doorgetrokken naar het generieke mededingingsrecht is onzeker in het licht van het eerder genoemde en in dit opzicht teleurstellende arrest van het GEA in de zaak *Wanadoo* (eveneens onderdeel van het France Telecom-concern!). Daarin oordeelde het Gerecht (overweging 228) dat (de mogelijkheid van) recoupment geen vereiste was om roofprijzen te kunnen vaststellen. Voor Wanadoo, die als relatieve *new entrant* in Nederland vanzelfsprekend een geheel ander belang had dan als *incumbent* in Frankrijk, was het dus of ze door de kat of de hond werd gebeten. Tegen het arrest van het Gerecht is echter nog beroep aanhangig bij het Hof van Justitie. In dat beroep weet Wanadoo zich dus in elk geval gesteund door het CBb... De Commissie bepleit in die procedure dat het ‘recoupment-vereiste’ niet geldt in het Europese recht maar in haar ‘discussion paper’ van december 2005 lijkt zij toch ruimte te laten voor weerlegging door de dominante onderneming van een vermoeden dat geleden verliezen ten detrimente van de consument zullen worden goedge maakt na uitschakeling van de concurrentie.

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2007, afl. 4, p. 97-100.

Aan de dit jaar verwachte 'follow-up' van dit paper zullen wij een artikel wijden.

Het is te prijzen dat het CBb een eigen koers durft uit te zetten, al dient het hierbij behoedzaam te werk te gaan. Wat wij eerder schreven over de wenselijkheid van uniformiteit bij de norm van rechterlijk toezicht¹, geldt a fortiori voor de toepassing van het materiële recht. Divergentie in de uitleg van bepalingen die dezelfde strekking hebben, zoals die welke gericht zijn op het tegengaan van misbruikelijke gedragingen, dient zo veel mogelijk te worden voorkomen. Ook al heeft de nationale rechter bij de toepassing van het misbruikverbod een grotere vrijheid dan in het geval van concurrentiebeperkende overeenkomsten en afgestemd gedrag, beslissingen in de Europese jurisprudentie over begrippen als 'misbruik' en 'machtspositie' zijn, in de eigen woorden van het CBb², in beginsel ook voor de uitleg van het Nederlandse mededingingsrecht richtinggevend.

Verticale prijsbinding

In een kwestie niet betreffende '*predatory pricing*' maar '*verticale prijs binding*' (vpb) toonde het CBb al eerder dat het de gebaande paden niet klakkeloos volgt. In de zaak Secon³ oordeelde het CBb dat een door de heersende leer als 'hard core' inbreuk beschouwde overeenkomst inhoudende vpb niet per definitie verboden is. Het CBb koppelde dit oordeel aan de vaststelling dat een dergelijke overeenkomst vanwege de zwakke positie van partijen mogelijk de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt. Bij de toetsing aan dit merkbaarheidsvereiste moet volgens het CBb rekening worden gehouden met de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft en de structuur van de markt.

Een ruime toetsing derhalve die afstand neemt van de strenge opvatting van de Commissie o.a. in de 'de minimis' bekendmaking en de richtsnoeren 'Verticalen', welke opvatting de NMa altijd heeft onderschreven, evenals de civiele rechter⁴.

De idee dat vpb niet is toegestaan, vindt zijn oorsprong in de VS waar de Supreme Court in 1911 vaststelde dat het opleggen van (minimum)prijzen aan een afnemer een 'per se' inbreuk vormt op de Sherman Act. Lagere rechters, en veel auteurs, hebben de wijsheid van dit oordeel veelvuldig in twijfel getrokken. Zij pleiten voor een afweging van geval tot geval vanuit de gedachte dat een fabrikant die kiest voor distributie door onafhankelijke derden zijn verkoop wil maximaliseren door zijn distributiestelsel zo efficiënt mogelijk in te richten. Als hij al beperkingen oplegt, zij het terzake van klanten, 'territoir', of prijsstelling, dan is dit bedoeld om de dealers in staat te stellen

zich te richten op dienstverlening, kwaliteit en promotie; dat werkt niet als 'free riders' klanten met lage prijzen 'wegzuigen'. Met andere woorden, verticale intra-brand beperkingen, inbegrepen vpb, zullen de interbrand concurrentie bevorderen, behoudens in gevallen van marktmacht; bij gebreke van marktmacht, zal de leverancier omzet verliezen als de (opgelegde) prijs te hoog is.

Het is waarschijnlijk dat ten tijde van het verschijnen van dit nummer de Supreme Court uitspraak heeft gedaan in de zaak *PSKS vs Leegin Creative Leather Products* en het 'per se' verbod zal hebben vervangen door een 'rule of reason' toets. Dat laatste is althans de wens van velen, inclusief de FTC en de Department of Justice, die 'amicus briefs' indienden. De lagere rechters hielden in deze zaak plichtsgetrouw vast aan de bijna 100 jaar oude uitspraak van de hoogste rechter en weigerden bewijs toe te laten over de pro-competitieve effecten van de door Leegin opgelegde vpb. Leegin had er voor gekozen, op een zeer concurrentiële markt, haar producten te verkopen in gespecialiseerde 'boutiques' met een luxe ambiance; de vpb diende er toe die winkels te beschermen tegen meelifers. Wat is daar tegen? Het is trouwens aardig te zien hoe dikwijls nieuwe belangwekkende jurisprudentie wordt 'gemaakt' door onbeduidende marktpartijen; hier een winkel voor dameskleding (Kay's Closet) in Flower Mound, Texas, die de riemen van Leegin verkocht; bij ons het Noord-Duitse winkeltje in bruidskleding van Frau Schillgellis die de *Pronuptia*-jurisprudentie uitlokte, een voorbeeld uit vele.

Het wordt tijd dat ook in Europa genuanceerder tegen vpb wordt aangekeken. In het moderne mededingingsrecht is minder plaats voor de traditionele dogmatiek die zich richt tegen beperkingen in de handelingsvrijheid, en evenmin voor de pre-occupatie met 'intra-brand' concurrentie als heilige koe van marktintegratie. Op andere terreinen zoals dat van de parallelhandel heeft het Gerecht in zijn eerder in dit tijdschrift besproken *GlaxoSmithKline*-arrest van september 2006 al aangegeven dat in geval van zgn. 'dual pricing' pas sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht indien de consument door een praktijk geschaad wordt; daartoe is een economische analyse noodzakelijk.

Dat vpb kan leiden tot grotere prijs transparantie en daarmee collusie tussen fabrikanten kan vereenvoudigen is iets dat zich vooral op geconcentreerde markten zal voordoen, en dus van geval tot geval moet worden beoordeeld. Last but not least is er het verschijnsel dat de machtsverhoudingen tussen fabrikanten en supermarkten de laatste jaren fundamenteel zijn gewijzigd. De supermarkten kunnen 'spelen' met de prijsstelling (en de prijsverhouding) van én het merkartikel én hun eigen private label-producten en het is moeilijk te aanvaarden dat leveranciers geen invloed mogen uitoefenen op de prijs en reputatie van hun artikelen. De marktmacht van de fabrikant, de 'structuur' van de markt en de concrete context dienen een rol te spelen in de afweging, zoals eigenlijk al door het CBb in eerder genoemde uitspraak aangegeven en in wezen ook onderkend door de NMa in haar marktscan van de CD-sector waar zij oordeelde dat een lage detailhandelsmarge leidt tot lagere dienstverlening, tot

1 T.R. Ottervanger/I. Veldhuis, annotatie bij arrest *Tetra Laval*, M&M 2005, nr. 4/5.

2 NOS en HMG vs NMa, 15 juli 2004, LJN AWPB 03/132.

3 Besproken door E.M.H. Loozen in M&M 2006, nr.3.

4 Recent: Voorzieningenrechter Rechtbank 's Gravenhage, 19 februari 2007, LJN BA 040J, 'Make it Easy'-franchisegechil.

afname van het aantal verkooppunten, tot minder vraag en op den duur tot welvaartsverlies. In de praktijk betekent toepassing van een 'rule of reason'-achtige afweging vaak dat een gedraging toegelaten wordt. Een onderzoek naar pro's en con's is immers complex en brengt hoge kosten met zich mee. Dat is sowieso een niet te onderschatten bezwaar van een moderne economische benadering; de handhaving, zowel langs publieke als langs private weg, wordt ingewikkelder. De duur, complexiteit en kosten van een onderzoek zullen tot gevolg kunnen hebben dat van handhaving wordt afgezien. Maar toch is dat te prefereren boven een 'per se' verbod, zoals onlangs de Belgische chocoladefabriek *'Jeff de Bruges'* ondervond. Op 27 januari 2007 legde de Franse mededingingsautoriteit, zonder de effecten van het gedrag te analyseren, een boete op van 50.000,- vanwege het feit dat *'Jeff de Bruges'* haar franchise-nemers de retailprijzen voorschreef voor leveringen aan (slechts) een bepaalde categorie afnemers. Het valt ernstig te betwijfelen of de consument schade heeft ondervonden van deze vpb. Weliswaar heeft de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa inmiddels aangegeven dat vpb 'geen prioriteit' heeft in het handhavingsbeleid van de NMa⁵, als guidance voor de rechter is dat onvoldoende en is een uitspraak op Europees niveau gewenst.

Evaluatie

We zouden het bijna vergeten. Ruim 3,5 jaar geleden is de regering begonnen met een traject tot wijziging van de Mededingingswet naar aanleiding van de *evaluatie* van die wet. Het 'voorlopig verslag' van de Eerste Kamer dateert van januari jl. en de verwachting is dat de nieuwe regels uiterlijk op 1 januari 2008 in werking zullen treden. Belangrijke hoognodige nieuwigheden, grotendeels ontleend aan de Europese wetgeving, zijn de bevoegdheid van de NMa 'verbintenissen' aan te gaan, de bevoegdheid 'structurele maatregelen' op te leggen, de aanpassing van de materiële toets van concentratiecontrole, uitbreiding van het concentratietoezicht tot structurele coöperatieve Joint Ventures, 'huiszoeking' na toestemming van de RC en verhoging van de 'procedurele' boetes.

Niet ontleend aan Europees recht, maar wel geïnspireerd door de alom in Europa klinkende uit de V.S. overgewaarde roep om strengere handhaving, liefst 'criminalisering', is de door het wetvoorstel gecreëerde mogelijkheid 'opdrachtgevers' en 'feitelijk leidinggevenden' persoonlijk te beboeten. Naast de regels omtrent 'huiszoeking' zullen ook hierbij bepalingen uit het strafrecht, zoals art. 51 WvSr, en de daarbij behorende jurisprudentie en leerstukken in het mededingingsrecht hun intrede doen. De door leden van de Tweede Kamer gesuggereerde introductie van gevangenisstraffen⁶ lijkt, althans voorlo-

pig, van de baan, maar of de opsporing en handhaving van geldstraffen langs bestuursrechtelijke of strafrechtelijke weg, of beide, moet plaatsvinden is ten tijde van het schrijven van dit redactioneel nog geen uitgemaakte zaak. Is er een rol weggelegd voor het OM en de strafrechter, en zo ja welke?

Naar verluidt zijn diverse varianten onderwerp van politieke besluitvorming en gezien de vele gevoeligheden op dit punt (met name ten aanzien van het eventueel in te perken speelveld van de NMa) en de complexiteit van de regelgeving indien strafrechtelijke handhaving mede mogelijk wordt, rijst de vraag of dit deel van de wijzigingen nog dit jaar in werking zal kunnen treden. Het (Nederlandse en Europese) 'alles-in-één-hand' stelsel, dat sowieso altijd aan kritiek heeft blootgestaan en sowieso minder aanvaardbaar wordt naarmate het niveau van de boetes stijgt, staat opnieuw ter discussie bij de introductie van persoonlijke (geld)straffen. Is dit niet eerder het terrein van de strafrechter, eventueel na 'opsporing' door de NMa? En is het dan niet wenselijk, ook in geval van beboeting van ondernemingen, in ieder geval voor hoge boetes, met een quasi-strafrechtelijk karakter, dezelfde procedure in te richten? Vragen die in dit tijdschrift al eerder de revue passeerden en waarover het debat de komende maanden wel eens opnieuw actueel zou kunnen zijn.

Eén van de aspecten die in geval van, gehele of ten dele, strafrechtelijke handhaving te opzichte van rechtspersonen en/of privépersonen aandacht verdient, is de clementieregeling, en de mogelijkheid van 'plea bargaining'.

Plea bargaining

Op het gebied van 'plea bargaining', het 'schikken' van kartelzaken, bestaat op dit moment nog veel onduidelijkheid maar het is niet ondenkbaar dat het op korte termijn tot een ingrijpende wijziging komt van de handhaving van het kartelverbod door de Commissie. Als het namelijk aan Commissaris Kroes ligt, komt het nog dit jaar tot schikkingen in kartelzaken⁷. Dit is opmerkelijk omdat de Commissie nog niet zo lang geleden kritiek uitoefende op de versnelde procedures van de NMa in de bouwsector. De voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa heeft naar eigen zeggen als een leeuw moeten vechten om de Commissie bij de toetsing van de NMa-besluiten op grond van Verordening 1/2003 ervan te overtuigen dat de procedure voldoende bijdroeg aan de handhaving van art. 81 EG⁸. Weliswaar waren die procedures in strikt formele zin geen 'schikking', niet kan worden ontkend dat op zijn minst een in goed onderling overleg '(be)geleide' afwikkeling van de zaken in die sector heeft plaatsgevonden. Schikkingen van kartelzaken in Brussel zouden ook daarom opmerkelijk zijn, als men voor ogen houdt dat de

5 Tijdens een debat begin dit jaar georganiseerd door de Vereniging van Mededingingsrecht.

6 De mogelijkheid van gevangenisstraffen bestaat inmiddels in een tiental lidstaten, soms voor alle overtredingen, soms uitsluitend voor 'hard core' inbreuken, soms voor 'bid rigging', soms alleen in geval van opzet, en met een grote variëteit aan procedures. Voorzover mij bekend is tot op heden alleen in Ierland iemand gearresteerd op basis van de mededingingswetgeving.

7 Zie onder meer Speech/07/128, Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussel 8 maart 2007.

8 Zie brief van NMa aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004, *Kamerstukken* 28 224, nr. 85.

Commissie met relatief beperkte middelen er in lijkt te slagen kartels op te rollen.

Aan de invoering van 'direct settlements' liggen dezelfde eenvoudige cijfermatige afwegingen ten grondslag als die waar ook de NMa zich voor gesteld heeft gezien. Het apparaat van de Commissie is met ongeveer 55 zaak-behandelaren eenvoudigweg te klein om in hoog tempo en op hoog niveau kartelzaken af te handelen. Het succes van de gewijzigde clementieregeling heeft tot dermate veel potentiële nieuwe zaken geleid dat er een structurele achterstand dreigt. Nu het politiek niet doenlijk is het aantal ambtenaren flink uit te breiden, is de inschatting kenmerkend dat 'direct settlements' een uitweg vormen om een stuwmeer te voorkomen. Dat de tijd rijp is voor dergelijke alternatieven blijkt uit het feit dat de OFT, in navolging van de NMa, Engelse bouwondernemingen de mogelijkheid biedt om een versnelde procedure te volgen⁹. Ook daar dreigde OFT bedolven te worden onder de zaken die naar boven kwamen nadat haar eerste onderzoeken in de bouwsector goede resultaten opleverden.

Op dit moment onderzoekt de Commissie hoe een direct settlement programma kan worden vormgegeven. De kern van de regeling staat vast en lijkt op die van de NMa in de bouwsector, in die zin dat als partijen bereid zijn de omvang en duur van een inbreuk, de individuele aansprakelijkheid en het boetebedrag vóór de beschikking te accepteren, zij op een verlaging van de boete mogen rekenen tegen een vastomlijnd kortingspercentage. Het lijkt er voorts op dat de Commissie de procedure van art. 7 van Verordening 1/2003 wil gebruiken. Ondernemingen zouden hun boete dus betalen door middel van een als 'toezegging' geformuleerd besluit en onderhandelingen zouden kunnen plaatsvinden net voordat de Punten van Bezwaar zijn uitgebracht of net daarna. Binnen de Commissie wordt naar verluidt een felle discussie gevoerd tussen voor- en tegenstanders van 'plea bargaining'. De tegenstanders wijzen er op dat direct settlements een wettelijke grondslag dienen te krijgen in Verordening 1/2003 en/of procedureverordening 773/2004. Ook is niet duidelijk hoe de Commissie met direct settlements kan bereiken dat (ook) civiele handhaving plaatsvindt en in welke mate direct settlements open zouden moeten staan voor partijen die géén clementie hebben aangevraagd. De voorstanders wijzen er met name op dat een nieuw instrument altijd het karakter van een 'leap of faith' heeft en dat dus niet van tevoren alle kaders juridisch kunnen worden afgebakend. Wij zullen hier in komende nummers aandacht aan besteden.

9 OFT, 27 maart 2007, press release 50/07, www.oft.gov.uk.

Redactioneel

Staatssteunvaria*

Drie jaar geleden lanceerde de Commissie haar 'road map for State aid reform 2005-2009', een veelomvattend meerjarenproject, beter bekend als het 'State Aid Action Plan'. Het zag het licht tegelijk met een pakket maatregelen dat 'guidance' beoogde te geven op het gebied van de financiering van diensten van algemeen economisch belang, een onderwerp waarover ook in dit tijdschrift is geschreven (M&M, 2007/nr. 4). Zo wist Commissaris Kroes zich in de zomer van 2005 te profileren als de mededingingscommissaris voor wie 'staatssteun' (althans het beter kanaliseren daarvan) prioriteit heeft, al is dit in de publieke opinie ingehaald door haar Amerikaans getinte aanpak van kartels. Het strenge staatssteunregime is en blijft overigens een typisch Europees fenomeen dat geen navolging krijgt in de V.S. Het aanmoedigen door Amerikaanse staten van investeringen met behulp van overheidsgeld wordt eerder gezien als een gezonde uiting van concurrentie (tussen deelstaten) dan als vanuit de optiek van een gemeenschappelijke markt ongezonde verstoring. Historisch gezien uiteraard verklaarbaar: concurrentievervalsing door belastinggeld was geen 'issue' ten tijde van de samensmelting van betrekkelijk primitieve economieën; en vandaag de dag is ondenkbaar dat de staten bevoegdheden op het terrein van dit type economische en werkgelegenheidspolitiek zouden afstaan aan de federale overheid (die er, zoals we deze zomer kunnen constateren, zelf niet voor terugdeinst de ene na de andere financiële instelling kunstmatig op de been te houden).

Het Action Plan, een consultatiedocument dat die status nooit is ontgroeid, moge publicitair minder spectaculair zijn dan zware kartelboetes, civiele handhaving, 'whistle-blowing' en 'dawn raids', het heeft wel degelijk belangrijke resultaten opgeleverd, zoals een nieuw, aangescherpt kader voor regionale steun dat geldt voor de periode tot 2013 en dat met name is toegesneden op de nieuwe lidstaten die nog een lange weg te gaan hebben om 'ons' welvaartsniveau te bereiken. Dat laatste belang, mits proportioneel, prevaleert dan boven de verstoring van de markt-

verhoudingen die veelal het gevolg is van gesubsidieerde investeringen. In 2006 publiceerde de Commissie nieuwe richtsnoeren over de beoordeling van (fiscale of andere) overheidsmaatregelen die particuliere investeerders moeten stimuleren deel te nemen in het risicokapitaal van o.a. 'start-ups' (C-194/2). In april van dit jaar verscheen een uitvoerig kader voor de toetsing van milieumaatregelen waarbij de energiepolitiek begrijpelijkerwijs een dominante rol speelt (C-82/1). Deze zomer verschenen twee belangrijke documenten die in dit blad niet onvermeld mogen blijven: een 'mededeling' over de toepasselijkheid van de staatssteunregels op overheidsgaranties (ter vervanging van een mededeling uit 2000) (C-155/10) en een lijvige Groepsvrijstellingsverordening (GVO) die betrekking heeft op een groot aantal categorieën staatssteun (nog niet in het *Pb* gepubliceerd).

Een overheidsgarantie heeft veelal betrekking op bancaire leningen en vormt staatssteun wanneer, kort gezegd, de overheid geen passende vergoeding (geen of een lage premie; geen marktconforme rente; of onvoldoende zekerheden) ontvangt voor het door haar te dragen risico. Gewoonlijk is de kredietnemer de begunstigde. Aan de hand van het 'private investor'-beginsel omschrijft de Commissie uitgebreid onder welke omstandigheden het bestaan van 'steun' kan worden uitgesloten, en hoe het steunbestanddeel moet worden gekwantificeerd. Steun in de vorm van een garantie onderscheidt zich (net als sommige vormen van de eerder genoemde steun ten behoeve van de verstrekking van risicokapitaal) van andere steunmaatregelen doordat de overheid niet alleen in een rechtsverhouding staat tot de begunstigde onderneming maar ook tot een derde, te weten de bank. De vraag bij zo'n tripartiete rechtsverhouding is dan of de onrechtmatigheid van de steunverlening in *civilibus* gevolgen kan hebben voor de rechtspositie van de bank, een kwestie die de gemoederen in de financiële wereld van tijd tot tijd bezighoudt. De nieuwe mededeling geeft op dit punt niet meer duidelijkheid dan de oude: volgens de Commissie is dit een kwestie van nationaal recht, en moet de nationale rechter bij de toetsing onderzoeken of het nationale recht er aan in de weg staat dat garantieovereenkomsten worden gehonoreerd, waarbij volgens de Commissie

* Deze bijdrage is verschenen in M&M 2008, afl. 4, p. 101-103.

de schending van het gemeenschapsrecht een belangrijke factor is. Rechtsonzekerheid dus voor de financiële instelling die eigenlijk steeds zou moeten verifiëren of de garantie in Brussel is gemeld, en in orde bevonden. Of de banken zo eenvoudig toegang hebben tot informatie is trouwens zeer de vraag. Het systeem is weinig transparant en zelfs begunstigden zijn voor informatievoorziening grotendeels afhankelijk van de bilaterale contacten tussen de Commissie en de lidstaat.

Zoals bekend, oordeelde de rechtbank Rotterdam begin vorig jaar in de veel besproken kwestie van door het Gemeentelijk Havenbedrijf (lees: de Gemeente) verstrekte garanties dat de garantieovereenkomst nietig is. Deze uitspraak is op 10 juli jl. bevestigd door het Hof Den Haag. Aan de criteria voor onrechtmatige steun was volgens het Hof voldaan: de Gemeente diende publieke belangen (en handelde dus niet als 'private investeerder'), de garantie drukte op de begroting (en was dus met staatsmiddelen bekostigd), en de maatregel was niet aangemeld bij de Commissie. Omdat, zo redeneert het Hof, terugvordering van de garantie op allerlei praktische en juridische bezwaren stuit, is nietigverklaring de meest passende 'sanctie'. Daarbij lijkt een rol te spelen dat de lening zonder garantie '*überhaupt*' niet zou zijn verstrekt (hetgeen dus verschilt van de situatie waarin de lening zonder garantie wel zou zijn verstrekt maar op voor de kredietnemer minder gunstige condities). Het perverse gevolg is dat de banken in geval van wanprestatie (of *à la limite*, een *déconfiture*) van de begunstigde van de steun, wanneer zij tevergeefs een beroep doen op de garantie, een strop lijden; zou onder de garantie al door de overheid betaald zijn, dan zou de consequentie van nietigheid kunnen zijn dat de banken dat bedrag als zijnde onverschuldigd betaald moeten terugstorten. Dit alles zonder dat op de markt de situatie wordt hersteld die zonder steun had gegolden, en zonder dat met name de concurrentievervalsing zo veel mogelijk ongedaan wordt gemaakt. Een juridische breinbreker waarover het laatste woord nog niet is gezegd.

Het andere document, de GVO, bundelt vijf bestaande verordeningen (o.a. voor werkgelegenheids-, opleidings-, en regionale steun) en introduceert nieuwe categorieën vrijgestelde steun (o.a. voor milieu- en innovatiesteun). Een negental vormen van steun zal voortaan automatisch zijn goedgekeurd indien aan de voorwaarden van de GVO is voldaan. Te bedenken is in dit verband dat in het staatssteunrecht het concept van de 'self-assessment' zoals we dit sinds een paar jaar in het 'gewone' mededingingsrecht kennen, niet bestaat. Zo ontving de Commissie in 2007 bijna 800 meldingen, en nam zij 629 beschikkingen op staatssteunterrein waarvan zo'n 50 na een formele onderzoeksperiode. De tijd zal het leren maar de verwachting is gewettigd dat dit instrument een bijdrage levert aan de vermindering van de administratieve lasten.

Essentieel onderdeel van het Action Plan, namelijk bepalend voor de geloofwaardigheid van het beleid, is een meer effectieve handhaving van het regime. Zowel de 'civiele handhaving' (die trouwens ook van bestuursrechtelijke aard kan zijn) door middel van procedures voor de nationale rechter, aangespannen door concurrenten van

de begunstigde, als ook de door het gemeenschapsrecht verlangde 'onverwijld' terugvordering van het genoten voordeel ter uitvoering van een negatieve Commissiebeschikking. Een complexe materie, al was het maar omdat in veel lidstaten niet duidelijk is welke spelregels zo'n actie tegen een op zijn minst onwillige debiteur beheersen, en welke de rechtsgrondslag is van terugvordering. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beslist dat de bevoegdheid tot intrekking van subsidie ter uitvoering van een verbodsbeschikking niet voortvloeit uit het gemeenschapsrecht maar een grondslag in het nationale recht vereist (*M&M* 2006, nr. 3).

Hoewel Nederland niet voorkomt in de top-10 van landen met een negatieve *track record* waar het terugvordering betreft, heeft de wetgever het Action Plan ter harte genomen en is dit voorjaar een weldoordacht wetsvoorstel gelanceerd tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Beoogd is nationale grondslagen te creëren voor een effectieve terugvordering van staatssteun, gericht op herstel van de economische situatie die bestond voor de steunverlening (al moeten we ons wel realiseren dat het praktisch onmogelijk is de oude toestand echt te herstellen nadat de marktverhoudingen geruime tijd verstoord zijn geweest; een betere remedie dan terugbetaling, met rente, is er echter niet). Het opnemen in de wetgeving van specifieke grondslagen vermijdt de problemen die samenhangen met de leerstukken van 'onverschuldigde betaling', 'ongerechtvaardigde verrijking', en 'nietigheid'. Beoogd is niet de overheid via nationale wetgeving te verplichten een vordering in te stellen; zo'n verplichting (die zoals de Raad van State in zijn advies signaleert misschien wel in ons bestuursrecht maar niet in ons privaatrecht zou passen) is eigenlijk al vervat in art. 14 van procedureverordening nr. 659/1999.

Pièce de résistance van het voorstel is, in de eerste plaats, het nieuwe art. 6.212a BW dat het recht (dus niet de plicht) tot terugvordering introduceert voor privaatrechtelijke steunmaatregelen (leningen, kapitaalinjecties, grondtransacties, etc.) en vorderingen voortvloeiend uit feitelijk handelen van een bestuursorgaan. Terugvordering van de begunstigde, dat wil zeggen de onderneming die voordeel heeft genoten (hetgeen ook een derde, te weten de koper van die onderneming kan zijn). In de hierboven kort besproken en bij uitstek privaatrechtelijke situatie van de overheids Garantie is niet voorzien. In de tweede plaats introduceert het voorstel een Titel 4.2A 'terugvordering van staatssteun' in de Awb, en in de derde plaats een nieuw art. 5A in de Awr.

Wat opvalt niet alleen in het Action Plan maar vooral ook in de Luxemburgse jurisprudentie is de enorme variëteit aan thema's. Zonder hier empirisch onderzoek naar te hebben gedaan, durf ik te stellen dat de verscheidenheid in de jurisprudentie groter is dan op het terrein van het 'gewone' mededingingsrecht, hetgeen vermoedelijk mede is toe te schrijven aan de relatief schaarse rechtspraak over concentratiecontrole en over art. 82 en aan, in zekere zin, de eenvormigheid van de kartelzaken. Een paar recente voorbeelden moge de diversiteit aan principiële kwesties

illustreren. Ik volsta met een simpele opsomming van onderwerpen.

Op 12 februari 2008 (zaak C-199/06, 'CELF') oordeelde het Hof in een belangrijke en niet onomstreden prejudiciële beslissing over de cruciale taak van de nationale rechter ter zake van 'terugvordering' in de casuspositie waarin steun weliswaar onrechtmatig (namelijk in strijd met de aanmeldingsplicht) is toegekend maar later door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, welke beschikking vervolgens door het Gerecht in beroep is vernietigd. Een nieuwe (inmiddels derde) positieve beschikking van de Commissie in dezelfde zaak is trouwens, kort na de uitspraak van het Hof, op 15 april 2008 door het Gerecht (zaak T-348/04) opnieuw vernietigd. Eveneens op 12 februari 2008 deed het Gerecht in 348, ook nog eens ongewoon lange, rechtsoverwegingen uitspraak in de zogenaamde 'BUPA'-zaak (T-289/03). Zoals in vele andere procedures moest het Gerecht oordelen over de ontvankelijkheid van derden die geen adressaat van de aangevochten beschikking zijn, en over de reikwijdte van de verplichting van de Commissie om de formele onderzoeksprocedure van art. 88(2) te openen. Belangrijkste aspect van de zaak is de versoepeling van de 'Altmarkcriteria' en, met name, de vrijheid die lidstaten genieten om 'diensten van algemeen economisch belang' te definiëren en goeddeels aan de staatssteunregels te onttrekken. Voor de uitleg van het begrip 'staatssteun' is, om andere redenen dan 'BUPA', het arrest van het Gerecht (zaak T-233/04) uit april van dit jaar relevant: over het Nederlandse systeem van verhandelbare emissierechten voor stikstofoxiden. Anders dan de Commissie oordeelde het Gerecht dat de maatregel weliswaar een met staatsmiddelen bekostigd voordeel oplevert, en dus steun oplevert, maar niet selectief is en dus niet aan alle voorwaarden voor toepassing van art. 87(1) voldoet.

Drie laatste voorbeelden van deze zomer. De uitspraak van 1 juli jl. van het Hof (zaak C-341/06 P) in de fameuze 'Chronopost'-affaire. Ging de hierboven genoemde zaak C-199/06 waarover het Hof op 12 februari 2008 oordeelde terug op een klacht (over subsidie op export van boeken) uit 1992, Chronopost betreft een klacht uit 1990 (over kruissubsidiering door La Poste van haar dochter actief op de nietgereserveerde delen van de postmarkt). Deze procedure is van belang voor de criteria ter beoordeling van de vraag onder welke omstandigheden kruissubsidiëring staatssteun vormt (en dus ook voor de poging van de Nederlandse wetgever met eigen regelgeving op dit terrein te komen door in de mededingingswet 'gedragsregels' voor de overheid op te nemen). Tot slot noem ik nog twee arresten van het Hof van 17 juli 2008. Het eerste arrest (in de zaak C-521/06 P) waarvan de betekenis het staatssteunrecht overschrijdt waar het gaat om de uitleg van het begrip 'beschikking', en dat overigens wat meer duidelijkheid verschaft over de rechten van klagers, een steeds weer terugkerend door case law ontwikkeld thema in staatssteunkwesties waar het primair gaat om de door de Commissie gekoesterde constitutionele relatie Commissie-lidstaat; het Hof trekt heldere vergelijkingen met de positie van klagers in het 'gewone' mededingingsrecht. Het tweede arrest (in de zaak C-206/06) betreft een pre-

judiciële beslissing naar aanleiding van vragen van de rechtbank Groningen over o.a. de staatssteunaspecten van de liberalisering van de Nederlandse elektriciteitssector, met name de toeslag ten behoeve van 'stranded costs'.

Dit zomernummer bevat weer een rijke oogst aan onderwerpen die geïnteresseerden in het mededingingsrecht zoal bezighouden, inbegrepen zowel een artikel als een annotatie over de problematiek van de civiele handhaving van het mededingingsrecht, een thema dat de gemoederen nog jaren zal bezighouden. Verder zijn wij verheugd dat Marcel Canoy zich bereid heeft verklaard in een column periodiek zijn licht te laten schijnen over met het thema van ons tijdschrift verband houdende interessante maatschappelijke ontwikkelingen. In dit nummer treft u zijn eerste bijdrage aan. Namens de redactie wens ik u veel leesplezier.

Redactioneel

Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?*

Rond het tijdstip van verschijning van dit nummer zullen de media bol staan van de herdenking van de val van de muur en van het communisme. Een groots moment in de Europese geschiedenis, dat vijftien jaar later leidde tot de toetreding van, vooralsnog, twaalf nieuwe lidstaten. Bij degenen die de Europese idealen koesteren, roepen deze gebeurtenissen warme gevoelens op maar blijkens de opkomst bij en uitslag van de verkiezingen voor het Europese Parlement overheerst bij de meerderheid van de bevolking afkeer en onverschilligheid tegenover een verenigd Europa. Irrationele angst voor Brusselse regeldrift bepaalt de stemming in plaats van het besef dat steeds meer beleid zich niet op nationaal niveau laat regelen. Leve Europa dus, al slaat soms ook bij idealisten de twijfel toe. Zo leek het er geruime tijd op dat de Commissie wilde komen tot een onnodig vergaande harmonisatie van het civiele (proces)recht van de lidstaten op het terrein van de private handhaving van het mededingingsrecht. Een operatie die, naast partiële regelingen op het terrein van industriële eigendom en productaansprakelijkheid, voor slechts één relatief klein rechtsgebied diep zou ingrijpen in de nationale rechtsordes en tradities door een van het commune 'onrechtmatige daad'-recht afwijkend regime te introduceren.

Een maatregel waarvan nut en noodzaak omstreden zijn. Reden voor serieuze scepsis dus en gefundeerde kritiek. De beschouwingen van VNO-NCW voorzitter Wientjes deze zomer in de Volkskrant (7 juli) waren daarentegen eerder een uiting van paniek. Zijn zorgen over introductie van een Amerikaanse claimcultuur die de Nederlandse samenleving € 12 miljard zou 'kosten' waarvan meer dan € 10 miljard in de 'zakken van advocaten zou verdwijnen' zijn, helaas voor de beroepsgroep, ongefundeerd. Zijn

stelling dat de boete die overtreders van de mededingingsregels moeten betalen, terugvloeit naar de samenleving en dus naar de consument zodat het voor diezelfde consument niet nodig is uitgebreid te procederen over vaak relatief kleine bedragen, snijdt civielrechtelijk evenmin hout. Bovendien verliest de voorzitter daarbij uit het oog dat de meeste schadeclaims die tot nu toe in diverse landen zijn ingediend afkomstig zijn van het type onderneming dat lid is van VNO-NCW, of de zusterorganisatie MKB-Nederland. Het mes snijdt, zoals wel vaker, aan twee kanten.

Het instrument van de private handhaving, in het kader van de 'publiek-private samenwerking' die kenmerkend is voor het mededingingsrecht, staat de laatste jaren opnieuw in de belangstelling ('opnieuw', omdat reeds begin jaren zestig van de vorige eeuw een groep prominente hoogleraren in opdracht van de Commissie onderzoek deed naar 'Herstel van schade ten gevolge van de artikelen 85 en 86 (= 81 en 82) van het EEG-Verdrag'). Mede in het kader van de moderniseringsoperaties wordt private handhaving vanuit Europa onder het bewind van commissaris Kroes sterk gepropageerd. Ook de NMa verhief in 2004 de civiele handhaving tot een belangrijk onderwerp van haar strategie – veel hebben we daar niet van gemerkt. Het is daarbij overigens niet de bedoeling dat de private handhaving de rol van de publieke handhaving gaat vervangen; ze dient, in de ogen van de Commissie, vooral als, eveneens repressief, sluitstuk van de publieke handhaving; ook op het laatste gebied zit men bepaald niet stil maar nu eerst iets over het eerste.

1:

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2009, afl. 5, p. 133-136.

Een richtlijn?

Private handhaving is een breed begrip. Strikt genomen valt iedere variant waarin een private (rechts)persoon een beroep doet op het mededingingsrecht – of dit nu in of buiten rechte is – onder de noemer private handhaving. De repressieve variant, die dan ook de meeste aandacht krijgt, is de schadevergoedingsactie; zo'n actie wordt – enigszins twijfelachtig – gezien als een middel dat de puur private belangen overschrijdt en tevens een maatschappelijk doel dient. Na het Groenboek (2005) en Witboek (2008) van de Commissie circuleert sinds maart 2009 een – nog ongepubliceerde – ontwerp-richtlijn. Het richtlijnvoorstel beoogt te voorzien in regels die het eenvoudiger maken voor benadeelden van mededingingsinbreuken om met succes schadevergoeding te kunnen claimen. Het voorstel volgt weliswaar de ideeën uit het Witboek maar vanuit Nederlands perspectief is het voorstel minder ingrijpend dan gevreesd. De angst dat de Commissie zou overgaan tot een Amerikaans systeem met uitgebreide mogelijkheden tot *discovery* en *double* of zelfs *treble damages* is niet bewaarheid geworden. Toch biedt de voorgestane harmonisatie wel nieuwigheden die tot aanpassing nopen van ons burgerlijk (proces)recht enkel en alleen voor schadeclaims in mededingingszaken. Of het ontwerp, in zijn huidige vorm, nog onder de verantwoordelijkheid van de huidige Commissie wordt gepubliceerd, is op dit moment niet bekend.

Een essentieel onderdeel vormt de mogelijkheid van collectieve schadeacties. In een collectieve actie kunnen de veelal hoge kosten van een procedure worden omgeslagen over een grote groep. Het ontwerp schrijft daarom de mogelijkheid voor van zowel *opt-in* groepsacties alsook representatieve acties. Bij de *opt-in* groepsactie gaat het om een 'echte' *class action* actie waarin de rechter de groepsvordering dient te behandelen als één enkele schadevordering. De representatieve acties worden ingesteld door belangenorganisaties die zijn erkend door de lidstaat. Deze erkenning, die nogal wat ambtelijke rompslomp vereist, kan vooraf gebeuren, maar ook *ad hoc*. Op dit moment voorziet het Nederlandse recht niet in een echte *opt-in* collectieve schadeactie. Wel bestaat er de mogelijkheid voor een collectieve actie ingesteld door een belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a BW, maar deze sluit een vordering tot schadevergoeding uit.

De richtlijn laat ook de bewijsgaring en het verjaringsstelsel niet ongemoeid. Wat het bewijs betreft: het voorstel introduceert een beperkte mate van in rechte afdwingbare *discovery*, voorzien van waarborgen voor bedrijfsvertrouwelijke gegevens en van uitzonderingen voor clementie-documenten. Wat de verjaring betreft: er zal een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen op het moment dat een besluit van een mededingingsautoriteit waarin is vastgesteld dat sprake is van een mededingingsinbreuk, onherroepelijk is geworden; daar kan dus gezien de duur van beroepsprocedures geruime tijd overheen gaan. Ook mag een schadevordering wegens schending van de communautaire mededingingsregels niet verjaren alvorens de benadeelde bekend is, dan wel bekend had moeten zijn,

met de mededingingsinbreuk. Dit geobjectiveerde subjectieve verjaringscriterium uit de richtlijn betekent dat de zuiver objectieve Nederlandse lange verjaringstermijn van twintig jaar uit artikel 3:310 BW niet mag leiden tot verjaring van schadeclaims uit hoofde van communautaire mededingingsinbreuken. Ook de werking van de Nederlandse korte verjaringstermijn van vijf jaar nadat de benadeelde zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, wordt gerelativeerd in het geval een mededingingsautoriteit een inbreuk onherroepelijk heeft vastgesteld. Er gaat dan immers een nieuwe verjaringstermijn lopen.

Het *passing-on* verweer wordt ongemoeid gelaten in de richtlijn, en zelfs expliciet erkend. Het blijft dus mogelijk voor een karteldeelnemer om aan te voeren dat de eisende afnemer de gestelde prijsverhogingen ten gevolge van het kartel op zijn beurt heeft doorberekend (dan resteert moeilijk aantoonbare schade door verlies van – potentiële – klanten die de hogere prijs niet wilden betalen). De gedachte is dat moet worden voorkomen dat eisers van kartelschade ongerechtvaardigd worden verrijkt door én schadevergoeding (betaald door de leverancier) én hogere prijzen (betaald door de eigen afnemer). Teneinde de uiteindelijke gebruikers, die de 'te hoge' prijzen voor hun kiezen hebben gekregen, tegemoet te komen, voorziet het voorstel wel in het (*passing-on*) vermoeden dat de prijsverhogingen steeds zijn doorberekend aan volgende schakels in de keten. Dit samenspel van het *passing-on* vermoeden en *passing-on* verweer levert, in het geval er meerdere procedures lopen waarbij benadeelden uit verschillende fasen van de productieketen zijn betrokken, de uitdaging op om te voorkomen dat er ofwel in het geheel geen schade hoeft te worden vergoed door de inbreukmakende ondernemingen ofwel dat er meervoudig schadevergoeding moet worden betaald.

Openbare orde?

Naast de ontwikkeling op het vlak van schadeclaims is er een ander onderwerp waarover de discussie bij tijd en wijle oplaait, namelijk het openbareordekarakter van artikel 81 EG-Verdrag. Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten gesproken over artikel 81 EG-Verdrag in termen van openbare orde. Er bestond evenwel discussie over de precieze reikwijdte van deze jurisprudentie en, met andere woorden, hoe contextgebonden het *label* openbare orde was. Zo bleek in het arrest *Eco Swiss* (HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055) dat artikel 81 EG-Verdrag van openbare orde is in de context van artikel 1065 Rv als grond voor weigering van de erkenning en de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. Of artikel 81 EG-Verdrag ook buiten deze situatie als van openbare orde diende te worden aangemerkt, was onduidelijk. Het arrest *Manfredi* (HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-295-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619) gaf aanleiding te denken dat het Hof van Justitie in meer algemene zin van oordeel was dat artikel 81 EG-Verdrag van openbare orde is. Er bestond echter twijfel over de bedoeling van het Hof omdat de

overweging over de openbare orde was neergelegd in een *obiter dictum* en het Hof bovendien verwees naar het voornoemde arrest *Eco Smis*, waarin het Hof de openbare orde plaatste in de sleutel van het nationale openbareordebegrip, in plaats van communautaire openbare orde.

Het arrest *T-Mobile e.a.* (HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, n.n.g.), dat in een volgend nummer zal worden besproken, lijkt echter duidelijkheid te verschaffen: artikel 81 EG-Verdrag is van communautaire openbare orde. Het is volgens het Hof: 'een voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast.' Dit levert een vergaande verplichting op voor nationale rechters bij het toepassen van het mededingingsrecht. In zekere zin gaat het hier om een mengvorm tussen private en publieke handhaving. De verplichting voor nationale rechters tot ambtshalve toetsing aan de norm van artikel 81 EG-Verdrag levert immers een publieke handhaving op van de mededingingsregels, welke handhaving plaatsvindt in het kader van een private procedure.

In dit verband is ook het arrest *Blue Cab* van het Hof Arnhem (21 maart 2009, LJN BI4999) het vermelden waard. In deze procedure plaatste het Hof de vraag of artikel 81 EG-Verdrag dan wel artikel 6 Mw was geschonden zelf op de procesagenda – partijen hadden namelijk geen beroep gedaan op de mededingingsregels – en nodigde partijen bij tussenarrest uit om zich hierover uit te laten. Naar aanleiding van de opmerkingen van partijen kwam het Hof tot het oordeel dat de handel tussen de lidstaten door de gedragingen niet ongunstig kon zijn beïnvloed en dat artikel 81 EG-Verdrag daarom toepassing miste. Ten aanzien van artikel 6 Mw was door verweerder naar aanleiding van het tussenarrest aangegeven dat geen sprake was van een overtreding. Eiser had zich gerefereerd aan het oordeel van het Hof en enkele gronden aangevoerd waaruit de nietigheid van de franchiseovereenkomsten, waarover het in de procedure ging, zou kunnen volgen. Aangezien de nietigheid van de overeenkomsten echter niet expliciet was ingeroepen door eiser stelt het Hof vast dat partijen de eventuele (partiële) nietigheid van de franchiseovereenkomsten niet in de rechtsstrijd wens te betrekken. Voorts verwijst het Hof naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Gemeente Heerlen/Whizz* (HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54), waarin is vastgesteld dat artikel 6 Mw niet van openbare orde is. Onder deze beide omstandigheden is er naar het oordeel van het Hof geen aanleiding tot een ambtshalve onderzoek naar de (on)verenigbaarheid van de franchiseovereenkomsten met artikel 6 Mw.

Het Hof Arnhem rekende het dus tot zijn verplichting om de mededingingsregels uit eigen beweging ter sprake te brengen. Ten aanzien van artikel 81 EG-Verdrag vloeit dit ook voort uit de voornoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit volgt dat de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan deze norm. Dit gaat zelfs zo ver dat de rechter mag – en zelfs moet – treden buiten het partijdebat. Ten aanzien van artikel 6 Mw bestaat deze verplichting niet. Weliswaar heeft de Hoge Raad aangegeven dat artikel 6 Mw van dwingend recht is, maar indien

niet verondersteld kan worden dat de partij die daar belang bij heeft de bepaling wil invoeren, behoort een ambtshalve toepassing niet tot de mogelijkheden. Dat is slechts het geval bij normen van openbare orde. Daarom paste het Hof de – dwingende – bepaling van artikel 6 Mw niet ambtshalve toe in de situatie waarin partijen daarop geen beroep wensten te doen. Overigens moet het belang van de ambtshalve toetsing van artikel 81 EG-Verdrag ook weer niet worden overschat. Indien geen van de partijen (voldoende) feiten aandraagt die de rechter aanleiding kunnen geven om zich af te vragen of artikel 81 EG-Verdrag in het gedrang komt, zal de ambtshalve toepassing buiten beeld blijven, openbare orde of niet. Deze subtiliteit (hoe actief mag de rechter bij de toepassing van een regel van openbare orde te werk gaan om de feiten vast te stellen) speelt bijvoorbeeld bij het onderzoek naar de vraag of voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste.

Discovery?

Private handhaving van het mededingingsrecht levert genoeg stof voor discussie op. Het moet worden afgewacht of de initiatieven, indien die vanuit Europa worden gelanceerd, om de private handhaving in de lidstaten te stimuleren, effect zullen hebben. Misschien in sommige lidstaten wél maar in landen als Nederland, lijkt mij, niet of nauwelijks. Overigens zullen jurisdicties als de UK, die een vergaand systeem van *discovery* hebben, geen stapje terug doen; *forum shopping* blijft dus aantrekkelijk. Het is trouwens een misvatting te denken dat er thans nauwelijks sprake is van private handhaving. Er wordt al geruime tijd geregeld een beroep gedaan op de mededingingsregels in civiele zaken, al dan niet na een handje te zijn geholpen door de rechter, zij het in gepubliceerde zaken vaker in de contractuele sfeer door het invoeren van de nietigheid van (bepalingen uit) een overeenkomst. Maar dat levert niet de afschrikwekkende werking op die de autoriteiten toedichten aan forse (collectieve) schadeclaims. 'Deterrence', waarover hierna meer, is erg populair bij de autoriteiten. De Europese Commissie probeert ondertussen zelf het 'goede voorbeeld' te geven door een schadevergoedingsprocedure te beginnen tegen de deelnemers aan het liftenkartel bij de rechtbank te Brussel. De Commissie stelt zelf schade te hebben geleden als gevolg van het kartel doordat er te veel is betaald voor de installatie en het onderhoud van liften en roltrappen. Een *passing-on* verweer zal in ieder geval niet slagen.

Cruciaal voor private handhaving is de bewijsvoering. Naast specifieke bepalingen omtrent de toegang tot informatie die in het bezit is van andere private partijen en die in het richtlijnvoorstel zijn opgenomen, bieden ook de Wet openbaarheid van bestuur (de Wob) en Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (de Eurowob) mogelijkheden met betrekking tot de bewijsvergaring in civiele schadevergoedingsprocedures. Uit *VKI tegen Commissie* (GvEA 13 april

2005, zaak T-2/03, Jur. 2005, p. II-1121) en het momenteel aanhangige *Nederland tegen Commissie* (GvEA, zaak T-380/08) blijkt dat de openbaarheidsregimes ook met dit doel worden gebruikt. Commissieambtenaren hebben er de handen vol aan. In tegenstelling tot het richtlijnvoorstel bieden de Wob en de Eurowob geen specifieke bescherming voor clementieaanvragers, wat deze regimes voor eisers in schadevergoedingsprocedures interessant kan maken; de keerzijde is dat potentiële openbaarmaking een ontmoedigende werking kan hebben op clementieaanvragers. Met name de toepassing van de uitzonderingsgronden uit de Wob en de Eurowob is essentieel voor de rol die de openbaarheidsregimes gaan spelen in de bewijsgaring in schadevergoedingsprocedures. In hoeverre worden documenten afkomstig van karteldeelnemers beschermd? Maar ook: welk regime geldt er voor interne documenten van de mededingingsautoriteiten, die als bewijs zouden kunnen dienen in schadevergoedingsprocedures wegens onrechtmatige besluitvorming tegen de mededingingsautoriteiten? En hoe verhouden de openbaarmakingregimes zich tot de per 1 oktober 2007 ingevoerde persoonlijke aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers? Deze vragen worden aan de orde gesteld in een artikel van Luke Haasbeek over de rol van de Wob en de Eurowob in het mededingingsrecht.

Een duaal stelsel?

Ook op het terrein van de publieke handhaving zit men niet stil. Dit najaar zijn stappen gezet op het pad van (verdere) ‘criminalisering’ van het mededingingsrecht. In de eerste plaats heeft de minister van Economische Zaken, die het beleid ook op dit punt naar zich toe getrokken heeft, nieuwe beleidsregels afgekondigd om overtredingen van de Mededingingswet nog strenger te straffen. Dit vanuit de empirisch bij mijn weten in elk geval recent niet door EZ geteste gedachte dat het risico van overtredingen vandaag de dag hoog is.

Het al langer onder druk staande ‘alles-in-één-hand’-stelsel wordt steeds moeilijker te verdedigen in het geval van een NMa die over ingrijpende opsporingsbevoegdheden beschikt, die zelfstandig tot vervolging kan overgaan en die, door een nieuwe boetecode aangespoord door EZ, met een ‘zero tolerance’ beleid bijzonder zware sancties kan opleggen, zonder dat partijen hun visie hebben kunnen geven op de wijze waarop die sanctie in het individuele geval wordt berekend. De almaar hogere straffen, ook voor gedrag waarvan niet vaststaat of het daadwerkelijk tot schadelijke effecten leidt, de introductie van persoonlijke boetes voor managers en de vergaande procedurele bevoegdheden knagen in toenemende mate aan de legitimiteit van het optreden van de toezichthouder. Jarenlange procedures bij de rechter, in bestuursrechtelijk beroep tegen een bestuurlijke beslissing, zijn niet het antwoord. Die rechter zal niet of nauwelijks, zoals wél in het commune strafrecht, letten op het concrete herhalingsgevaar, geknakte carrières, spijtbetuigingen, e.d. en het is op zijn minst twijfelachtig of die rechter bij machte is de vast-

stelling van de (aard en ernst van de) overtreding in volle omvang te toetsen.

Wellicht komt de regering, in de tweede plaats, deze herfst met voorstellen tot introductie van gevangenisstraf. Daarmee is de intrede van een ‘dual stelsel’ uiteraard onafwendbaar. Naar analogie van andere regelgeving op fiscaal en financieel terrein zal het Openbaar Ministerie dan waarschijnlijk een beslissende rol krijgen bij de keuze, van geval tot geval, tussen vervolging langs bestuurlijke dan wel langs strafrechtelijke weg. Het OM zal zich dan wel goed moeten equiperen om dit type dossiers te kunnen behandelen; de *track record* uit het WEM-tijdperk is niet bepaald indrukwekkend maar het financiële en economische recht heeft sindsdien binnen het OM aanzienlijk aan belang gewonnen. Mocht het komen tot een wetsvoorstel dat celstraffen mogelijk maakt – aan de noodzaak waarvan sterk getwijfeld kan worden, maar dat terzijde – dan is dat het juiste moment voor kritische integrale doorlichting van het huidige systeem niet alleen bij de strafoplegging van personen maar ook van ondernemingen. Echter, ook zonder zo’n voorstel lijkt de tijd rijp voor een fundamenteel debat over de rol van de NMa, de invloed van de regering c.q. de minister van Economische Zaken, en ‘publiek-private’ handhavingvraagstukken. Wij houden u op de hoogte.

Artikel

Maatschappelijk verantwoord concurreren*

Mededingingsrecht in een veranderende wereld

Een overgangsfase naar een nieuw tijdperk. Afscheid van een blind geloof in vrije marktwerking als enig heilzaam middel voor het scheppen van welvaart. De eenzijdige focus op efficiëntie en groei is onderworpen aan kritische herwaardering. Begrippen als duurzaamheid en welzijn winnen sterk aan betekenis als maatstaf voor beleid zowel van regeringen als van ondernemingen. Zo gaat de SER in zijn recente advies *Overheid én Markt* ervan uit dat het sociaal-economisch beleid gericht is op een breed welvaartsbegrip: naast materiële vooruitgang (welstand, productiviteitsgroei) ook sociale vooruitgang (welzijn, sociale cohesie), goede kwaliteit van de leefomgeving en een schoon milieu.¹ Wat betekent deze ontwikkeling voor het mededingingsrecht?

Inleiding

In 1603 moest de rechter in Engeland zijn licht laten schijnen over de volgende casus:² Edward Darcy genoot het exclusieve recht, verkregen voor twaalf jaar van Koningin Elisabeth I, op de productie en import van speelkaarten. Darcy claimt schade van Allein die in strijd met het monopolie van Darcy handelde in speelkaarten. Een gevoelige zaak, want op de achtergrond

speelde de constitutionele strijd tussen vorstin en parlement over de verdeling van bevoegdheden. De monopolist Darcy beroept zich op een publiek belang ter rechtvaardiging van zijn exclusieve recht: speelkaarten, zo stelt hij, zijn verwerpelijke producten en het is daarom te prefereren dat slechts één persoon zich met de productie en handel bezighoudt; de rest van het volk kan dan eerzame beroepen uitoefenen. De rechtbank accepteert dit niet en oordeelt dat de koninklijke gunst in strijd is met de *common law* en daarom nietig. De motivering is interessant vanwege de economische en sociale principes *avant la lettre*: een monopolie leidt tot onaantvaardbaar hoge prijzen en tot mindere kwaliteit van het product; bovendien schaadt het de belangen van derden, namelijk andere handwerkslieden die immers hun vak niet kunnen uitoefenen. En het feit dat het kaartspel zelf een activiteit is met allerlei negatieve kanten, zoals spijlucht, betekent niet dat dit ook geldt voor de fabricage van de kaarten. Het inzicht dat economische macht ‘verdacht’ is, was in die tijd niet ongewoon. Een paar jaar na de uitspraak fulmineerde Hugo de Groot tegen handelaren die de prijs van handelswaar opdrijven en daarmee in feite ingaan tegen de natuur. Handel, zo leerde hij, was niet in het leven geroepen tot voordeel van slechts enkelen.³

Er is niets nieuws onder de zon. Vierhonderd jaar later zijn overal in Europa processen aanhangig, tot op het niveau van het Europese Hof van Justitie, over de geldigheid van door overheden gegunde monopolies. Het gaat opnieuw om exclusieve rechten, niet op de *productie* en *handel* in speelkaarten dit keer, maar op de *exploitatie* van kansspelen o.a. met speelkaarten. Ter rechtvaardiging van de handelsbeperking die een evident gevolg is

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2010, afl. 3, p. 93-99.

1. *Advies Overheid én Markt: het resultaat telt. Voorbereiding bepalend voor succes*, op 19 maart 2010 aangeboden aan de voorzitter van de Tweede Kamer.
2. De tekst is o.a. opgenomen in Thomas D. Morgan, *Modern Antitrust Law and its origins*, West Group 2000.

3. Hugo de Groot, *De Vrije Zee/Mare Liberum*, 1609, G. 132, vertaling Arthur Eyffinger, Den Haag: Jongbloed Juridische Boekhandel 2009.

van zo'n monopolie, beroepen lidstaten in Europa zich – net als vierhonderd jaar geleden – op morele en culturele waarden. En inderdaad, bescherming van de maatschappelijke orde tegen verslaving en verspilling door goklust en tegen criminaliteit kán onder omstandigheden zwaarder wegen dan het belang van een vrije handel.⁴ Althans: zolang de overheid niet uitsluitend haar eigen belang dient – bijvoorbeeld zelf de winst wil opstrijken van staatscasino's – maar opkomt voor 'hogere' doelen zoals de criminaliteitsbestrijding. De totstandbrenging van één Europese binnenmarkt is een *middel* ter bevordering van welvaart en welzijn; het is *geen doel* op zich.

Zo ook is concurrentie een middel, onderworpen aan spelregels voor een eerlijk verloop en ondergeschikt aan 'hogere' doelstellingen. En concurrentie is niet *per se* heilzaam of 'maatschappelijk verantwoord'. Soms heeft concurrentie negatieve gevolgen. Zo zal hevige concurrentie tussen aanbieders van dezelfde soort (legale) kansspelen volgens de economische logica de behoefte vergroten en gokverslaving in de hand werken.⁵ Moet de overheid dan ingrijpen? Of de sector zelf? Soms is niet onmiddellijk duidelijk of concurrentie 'goed' of 'slecht' is. Wat te denken van wereldwijde concurrentie tussen producenten van schoenen die onvermijdelijk leidt tot productie tegen steeds lagere lonen, ja zelfs door steeds jongere kinderen die daardoor misschien wél in hun levensonderhoud kunnen voorzien.⁶ Is hier sprake van 'maatschappelijk verantwoord concurreren'? Of, stel dat Amerikaanse banken tien jaar geleden hadden afgesproken geen complexe hypotheekproducten te verkopen aan bepaalde segmenten van de bevolking. De banken zouden het risico hebben gelopen dat zij voor dit afgestemde, concurrentiebeperkende gedrag zouden zijn vervolgd. Hoe zeer ook hun afspraak, in elk geval *in hindsight*, 'maatschappelijk verantwoord' zou zijn geweest.

Vraagstelling

Kwesties als die over de speelkaarten in de 17e eeuw en de kansspelen in de 21e eeuw illustreren een continue zoektocht op het vlak van de economische ordening naar de afbakening van bevoegdheden tussen verschillende overheden (koning versus parlement; EU versus lidstaten). Die zaken, evenals de hiervoor genoemde voorbeelden, illustreren tevens conflicterende belangen: aan de ene kant de 'vrije mededinging', met onmiskenbare voordelen voor de welvaart; en, aan de andere kant, 'maatschappelijk waarden'. Dit krachtenveld is typerend

voor het Europese recht. Het speelde een belangrijke rol op de moeizame politieke weg naar het Verdrag van Lisabon dat eind vorig jaar in werking trad.

Op het gebied van het vrije verkeer van goederen, diensten en personen binnen de EU is veel voortgang geboekt. Maar, zoals de zaken over de kansspelen laten zien, er doemen toch steeds weer vragen op of en onder welke omstandigheden door lidstaten geclaimde publieke waarden zwaarder wegen dan de economische integratie. Hoe zit dit nu met het mededingingsrecht? Is er ook dáár ruimte voor de belangen van de *burger*, die meer is dan alleen een *consument*? Kan het zich aanpassen aan nieuwe inzichten? Gelet op de aard en achtergrond van dit rechtsgebied, is er conceptueel geen reden maatschappelijke belangen te negeren. Maar toch zijn toezichthouders huiverig deze in hun beoordeling te betrekken. Uit angst 'politiek' te bedrijven en uit angst verkapte kartels toe te laten. Het laatste woord hierover is aan de rechter.

Historische schets

Mededingingsrecht is een juridische vertaling van beginselen die door de eeuwen heen zijn geconcipieerd in een zoektocht naar de contouren van een rechtvaardige samenleving. Afkeer van macht staat daarbij centraal. Die beginselen werden in 1776 geformuleerd door de moraalfilosoof Adam Smith.⁷ Hij keerde zich fel tegen de macht van overheden, gilden en kerken, tegen privileges en monopolies, tegen handelsbeperkingen en tegen overeenkomsten die bijvoorbeeld de toetreding tot een beroepsgroep beperken. Economische macht leidt tot onaanvaardbaar hoge prijzen – en lage lonen – en moet dus worden bestreden. Laat een ieder, zo leerde Smith, toch vooral zijn eigen financiële gewin nastreven. Indien iedereen zich laat leiden door rationele overwegingen en '*romantic hopes*' dan wordt automatisch, op de een of andere manier, tevens het publieke belang gediend: *led by an invisible hand*. Die ene verwijzing naar de te pas en te onpas geciteerde 'onzichtbare hand' maakte hem bij een breed publiek onsterfelijk. Smith was geen neoconservatief. Hij zocht de ideale samenleving – een economische ordening die ten dienste staat van de rechtvaardigheid en medemenselijkheid en een '*public spirit*'. Die ideale samenleving is gebaseerd op beginselen van gelijkheid en vrijheid.⁸ Het is een samenwerkingsverband tussen mensen waarin het individuele welzijn van een ieder en de gezamenlijke welvaart van allen voorop staat. Een vrije markteconomie, zo is daarbij de gedachte, is het beste in staat een omgeving te creëren waarin onze democratische instellingen worden beschermd.

4. Een mooi voorbeeld is de zaak *Gambelli*: HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, o.v. 63-68.

5. Conclusie A-G Bot, HvJ EG 17 december 2009, zaak C-203/08, *the Sporting Exchange/minister van Justitie*: '(...) het voorspiegelen van de illusie van mogelijke verrijking leidend tot verarming van hen die eraan toegeven'.

6. Ik heb het niet over illegale activiteiten. Die zijn verboden en kunnen dus geen voorwerp van concurrentie zijn. Er is ook een schemergebied waarin zich bijvoorbeeld de coffeshops en prostitutie bevinden.

7. Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Bantam Classics 2003, Introduction by Alan B. Krueger. De 'invisible hand' komt overigens maar één keer voor in de 1200 pagina's (p. 572).

8. De visie van Smith en andere denkers paste in de tijdgeest die inspireerde tot de Amerikaanse en Franse revoluties; en dezelfde tijdgeest die een einde maakte aan de gilden – kartels *par excellence*.

Een sleutelbegrip daarbij is ‘efficiëntie’. We hebben het dan over een doelmatig gebruik van schaarse grondstoffen, over een optimale prijs/kwaliteit-verhouding, over de laagst mogelijke productiekosten, o.a. door innovaties, maar óók over een rechtvaardige verdeling van inkomen en vermogen.⁹ Concurrentie dus, via de weg van de economische efficiëntie, als *middel* ter bereiking van een ‘hoger’ doel – democratische vrijheid.

Wat wij nu vangen onder de noemer van het mededingingsrecht gaat ver terug. Het vindt zijn oorsprong in oude rechtszaken over monopolies en over een problematiek die raakt aan de kern van het mededingingsrecht: een ondernemer die zijn zaak, bijvoorbeeld zijn bakkerij, verkoopt en belooft gedurende een paar jaar niet in dezelfde buurt als bakker actief te zijn. Een *non-compete* in het jargon van vandaag. In vroegere tijden oordeelden rechters zo’n beding nietig want in strijd met de vrijheid van ondernemerschap; sinds het begin van de 18e eeuw is zo’n afspraak afdwingbaar, mits ‘redelijk’.¹⁰

In 1890 werd in de Verenigde Staten de eerste mededingingswetgeving geïntroduceerd – de Sherman Act. Men wilde de oude rechtspraak op federaal niveau codificeren; tegelijkertijd wilde men de mogelijkheid openen van schadeclaims en boetes. Maar er speelde méér aan het eind van de 19e eeuw. Een tijd die in Amerika gekenmerkt werd door snelle industrialisatie; die ging gepaard met ongebreidelde groei en accumulatie van rijkdom en, *last but not least*, de creatie over de grenzen van de deelstaten heen van samenwerkingsverbanden tussen concurrerende ondernemers, de zogenoemde *trusts*: de *beef-trust*, de staaltrust, de prikkeldraadtrust, de suikertrust, de whiskytrust, de lucifertrust. De weerzin tegen die trusts én hun financiers was groot. Zij zouden de boeren ruïneren en kleine concurrenten uit de markt duwen, o.a. doordat zij wél en de kleintjes géén hoge kortingen kregen van de spoorwegen. Die weerzin vormde óók een motief voor ‘antitrust’-wetgeving zo bleek tijdens de felle debatten in de Amerikaanse senaat. Er is veel geschreven over wat nu precies de beweegredenen waren,¹¹ maar wat steeds terugkeert is de vrijheid van handel en van contracteren *mits* niet door de marktmacht van de één in strijd met het algemeen belang (*peace and prosperity*) het ondernemerschap van de ander onredelijk wordt belemmerd, met als gevolg een opwaartse druk op de prijzen.¹² Een (economisch) model waaraan gedragingen juridisch kunnen worden getoetst had men echter niet voor ogen.

Het Europese mededingingsrecht is geïntroduceerd in economieën van lidstaten die verder ontwikkeld en meer van elkaar gescheiden waren dan die van de Amerikaanse deelstaten ruim vijftig jaar eerder. Het mededingingsrecht is conceptueel onlosmakelijk verbonden met dié

bepalingen uit het Verdrag die gericht zijn op het tot stand brengen en goed functioneren van één Europese binnenmarkt. Maar er is meer: concurrentie werd gezien als voornaamste bron van economische vooruitgang én als waarborg voor democratische vrijheid. Mededingingsrecht niet als *doel* op zich maar als *middel* voor een rechtvaardige samenleving. We kennen nu mededingingsregels in meer dan 120 landen. De introductie van mededingingstoezicht is een voorwaarde voor het sluiten van bilaterale handelsverdragen en voor financiële steun door internationale instellingen.¹³ De toepassing verschilt van land tot land, mede als gevolg van de inbedding in de lokale rechtscultuur en uiteenlopende politiek-economische opvattingen over marktwerking. Zo zijn er al verschillen in toepassing binnen de EU, en tussen de EU en de VS,¹⁴ en al helemaal tussen het Westen en landen die in een ander stadium van economische ontwikkeling verkeren en ook nog eens andere opvattingen hebben over de inrichting van de samenleving en de rol van de overheid.¹⁵

Maatschappelijk belang

Het mededingingsrecht is dus eigenlijk een oud rechtsgebied dat is geworteld in politiek-filosofische opvattingen. De toepassing is afhankelijk van plaats en tijd. Inzichten in en waardeoordelen over de werking van markten evolueren, evenals factoren die van belang zijn om de schadelijkheid van gedrag te analyseren.¹⁶

De vraag of in de toepassing van het mededingingsrecht maatschappelijke waarden een rol moeten en kunnen spelen doet zich voor op allerlei terreinen. Een voorbeeld is de ontwikkelingshulp.¹⁷ Stel: de concurrerende fabrikanten van chocolade komen overeen aan de kleine boeren in ontwikkelingslanden een redelijke minimumprijs te betalen voor de grondstof cacao. Dit beïnvloedt

9. Bijvoorbeeld het standaardwerk van John Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2009, o.a. hoofdstuk 2, par. 12.

10. *Mitchell/Reynolds*, 1711 – besproken o.a. door Areeda, *Antitrust Analysis*, Little Brown & Company, 2d edition.

11. O.a. Milton Handler e.a., *Trade Regulation, Cases & Materials*, Foundation Press 1983.

12. Zie onder meer *Standard Oil/US*, Supreme Court 1911-221 US 1; 31 S Ct. 502.

13. Veelal als gevolg van Westers economisch imperialisme – de VS, gevolgd door Europa, wil toegang tot markten van derde landen én wil niet dat zijn binnenlandse markt bedreigd wordt door exporten door buitenlandse kartels.

14. Bijvoorbeeld over de toelaatbaarheid van het gedrag van dominante ondernemingen, en van sommige distributievormen.

15. Heny Ergas, ‘Should developed countries require developing countries to adopt competition laws?’, *European Competition Journal*, augustus 2009.

16. Zo was er een tijd dat overheden samenwerking aanmoedigden tussen concurrenten om capaciteit gecoördineerd terug te dringen om zo de effecten van een crisis te bestrijden; nu denkt men daar heel anders over – beide opvattingen zijn naar mijn smaak overigens te rigide. Zo is er, ook in Nederland, een permanent ideologisch debat over de wenselijkheid van introductie van marktwerking in bijzondere sectoren, en de vraag hoe algemene belangen door regelgeving en toezicht moeten worden geborgd. Cultuur, politieke kleur en veranderende economische inzichten bepalen per sector de voorkeur voor ‘meer of minder’, of helemaal ‘geen’, marktwerking. Ik wil het niet hebben over sectoren waar van oudsher evident is dat een publiek belang in het geding is.

17. Zie reeds de bijdrage van prof. Mok in de bundel *Nieuwe ontwikkelingen in het Europese kartelrecht*, Europese monografieën, Deventer: Kluwer 1976. Hij noemt als casus: stel dat de Europese suikerindustrie zou afspreken de gezamenlijke productie te beperken en een deel van de behoefte aan grondstoffen te dekken met rietsuiker, met evidente positieve gevolgen voor ontwikkelingslanden, is dat dan verboden?

de concurrentie op een wezenlijk punt, namelijk: het behalen van kostenvoordelen bij de inkoop van de belangrijkste grondstof. Scherp inkopen wordt uitgesloten door de afspraak en de prijs voor de consument gaat omhoog. Moeten we dit accepteren? Hangt dat er misschien van af of de hogere prijs voor de boeren tot een betere kwaliteit chocolade leidt? Of hangt het ervan af of dankzij de samenwerking er überhaupt een markt blijft – omdat anders de boeren zouden overstappen op rubber of cannabis? Of moeten we de markt laten werken, de excessen accepteren en wachten op overheidsinterventie? En van welke overheid?

Zo zijn er vele situaties denkbaar waarin de concurrentie wordt beïnvloed omwille van maatschappelijk relevante doeleinden: energieverbruik, biodiversiteit, klimaat, mensenrechten, schaarste aan water en andere natuurlijke hulpbronnen. We zien dat private partijen steeds vaker de verantwoordelijkheid willen nemen voor dit soort belangen, die traditioneel in de sfeer van overheden thuishoren. Die overheden schieten tekort, door onwil, innerlijke verdeeldheid of onmacht – we zagen het onlangs in Kopenhagen. De complexiteit is groot omdat het meestal problemen betreft met een grensoverschrijdende dimensie. Er zijn internationale verdragen maar die kennen geen sancties. Globalisering slaat gaten in de rechtsorde: een internationale autoriteit die normen kan opleggen én handhaven ontbreekt.

Het thema ‘algemeen belang’ en mededingingsrecht is op zich niet nieuw.¹⁸ Het verdient nú echter meer dan ooit aandacht. In de *eerste* plaats vanwege de twijfels over de zegeningen van de vrije markt. En in de *tweede* plaats vanwege toenemende zorgen over schaarste aan energie, water en grondstoffen, over het klimaat, en over de mensenrechten en, in verband daarmee, vanwege het fenomeen ‘Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen’ (MVO), of ‘Corporate Social Responsibility’ (CSR). Dit gaat over de integratie van maatschappelijke verantwoordelijkheid in de kernactiviteiten van elk bedrijf, dus in de inkoop, het productieproces en de commercialisering van de producten. OESO-richtlijnen moedigen bedrijven aan om toch vooral bij te dragen aan de economische én sociale én ecologische vooruitgang, om de mensenrechten te respecteren, om het milieu, de volksgezondheid en de veiligheid te beschermen, om het recht van werknemers te respecteren zich te organiseren, om kinderarbeid en corruptie te bestrijden, en nog veel meer. Aanbevelingen zijn echter onvoldoende om alle uitdagingen effectief aan te pakken. Het kenmerk van MVO is dat ondernemingsactiviteiten zich richten op waardecreatie in drie dimensies: *profit*, *people*,

planet – en daarmee op een bijdrage aan de maatschappelijke welvaart op langere termijn.¹⁹

Soms zullen slimme bedrijven erin slagen zich individueel te profileren. Bijvoorbeeld door een innovatieve, energiezuinige productiemethode te introduceren; of door gebruik van biologisch geteelde grondstoffen; of door klanten te winnen met betere én schonere producten. Dat bevordert de concurrentie, geheel in lijn met de ‘twee vliegen in één klap’-visie van Adam Smith dat het nastreven van *eigen* belang samenvalt met het dienen van het *algemeen* belang. Vaak is het echter voor een individueel bedrijf niet mogelijk zich positief te onderscheiden. Scherpe concurrentie staat eraan in de weg. De kortetermijnkosten van investeringen in een ‘maatschappelijk verantwoord’ product zijn té hoog om het rendabel te produceren zonder je uit de markt te prijzen. Een sectorbrede aanpak is dan de enige oplossing. De zorg om mensen en een leefbare planeet, wanneer bedrijven zich dit gezamenlijk aantrekken, zal echter al gauw gevolgen kunnen hebben voor de onderlinge concurrentie. En ook op de positie van derden: wanneer concurrerende fabrikanten besluiten collectief voorwaarden op te leggen aan hun toeleveranciers qua energieverbruik of uitstoot van CO₂ of kinderarbeid, wordt de hele keten getroffen. Wat dan?

Rol van het mededingingsrecht

Is er een plaats in het mededingingsrecht voor ‘maatschappelijk verantwoord concurreren’, dat wil zeggen voor maatschappelijk relevante, sectorbrede initiatieven van het bedrijfsleven? Initiatieven die sneller en effectiever dan wetgeving, consumentengedrag kunnen sturen. We hebben het dan vooral over maatregelen op terreinen als duurzaamheid, kwaliteit van lucht en water, of mensenrechten. Intuïtief zal een ieder die vraag bevestigend beantwoorden. Aandacht voor de *common good* als méér dan een optelsom van individuele belangen, past immers in ons Rijnlands model. Er wordt echter verschillend over gedacht. Weliswaar wordt steeds meer aanvaard dat ook bedrijven zich bredere maatschappelijke belangen kunnen – en moeten – aantrekken. Maar als concurrerende bedrijven zich gezamenlijk over zo’n belang ontfemen is dat al gauw verdacht. Hoe moeten mededingingsautoriteiten en rechters zo’n situatie beoordelen? Daarvoor zijn, zou ik menen, verschillende invalshoeken.

Om te beginnen kunnen we een parallel trekken met de professionele sport, een economische activiteit. In de sport stellen sportorganisaties spelregels vast die de con-

18. Zie de bundel *Mededinging en niet-economische belangen*, onder redactie van J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Deventer: Kluwer (2001). Meestal gaat de discussie over een heel scala aan ‘andere’ belangen zoals: sport, cultuur, zorg, milieu, omroep, werkgelegenheid, financiële dienstverlening, criminaliteit, enzovoort. Die breedte vertroebelt het beeld; vandaar mijn focus op MVO.

19. Kabinetsvisie. Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 2008-2011, *Inspireren, innoveren, integreren*. Met ingang van dit jaar moeten beursgenoteerde bedrijven – in Nederland – op grond van de Code Corporate Governance verantwoording afleggen over de mate waarin zij niet alleen *profit* maar ook *people* en *planet* in hun bedrijfsvoering hebben geïntegreerd. Daarmee raakt de Code aan het gedrag op de markt, en dat zal meestal een internationale markt zijn. Er zijn nog veel meer initiatieven op dit gebied. Zeer succesvol is het vanuit Nederland opererende Global Reporting Initiative (GRI) – <www.globalreporting.org>.

currentie tussen sporters beperken. Die regels zijn noodzakelijk om wedstrijden eerlijk te laten verlopen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de 'buitenspel'-regel maar ook voor antidopingregels of voor de regel dat een schaatser moet wisselen tussen binnen- en buitenbocht. Ongebreidelde competitie leidt tot chaos en wordt dus tegengegaan; en dat is gerechtvaardigd – de regels zijn nodig om het spel, of zo je wilt de markt, goed te laten functioneren en vallen dan niet onder het verbod op mededingingsbeperkend gedrag.²⁰ Zonder gedragsafspraken is er überhaupt geen markt.

Is het buiten de sport niet net zo? Ongecontroleerde concurrentie, hoe efficiënt ook, is schadelijk. Door meedogenloze marktwerking raken grondstoffen uitgeput, wordt de lucht vervuild en worden de mensenrechten geschonden. Marktwerking is zinvol zolang er een markt is: als producenten van diepvriesvis hevig concurrerend, met *high-tech* apparatuur steeds efficiënter de zeeën leegvissen, is er op den duur geen vis – en dus geen markt voor vissticks. Stel dat overheden het laten afweten, en stel dat de visverwerkende industrie afspraken maakt gericht op duurzame vangst om de visstand en daarmee de markt in stand te houden: zulke afspraken kunnen per definitie niet slecht zijn. Verdedigbaar is dat zulke spelregels, net als in de sport, geoorloofd zijn. Vergelijk ook het eerder genoemde voorbeeld van de chocolade-industrie die gezamenlijk besluit de boeren een betere prijs te betalen.

Er zal niet altijd sprake zijn van gedrag dat simpelweg noodzakelijk is om bedrijvigheid in stand te houden. Laten we dus ook kijken naar een andere invalshoek, te weten de uitzonderingen die het Europese Verdrag kent op het verbod op concurrentiebeperkende samenwerking. Als samenwerking met een voldoende mate van waarschijnlijkheid²¹ leidt tot verbetering van de productie of de technische of economische vooruitgang, is er ruimte voor een uitzondering. De tekst staat een ruime

uitleg niet in de weg.²² En de rechtspraak evenmin.²³ Bij economische vooruitgang zal in de jaren vijftig van de vorige eeuw ongetwijfeld gedacht zijn aan relatief eenvoudig te meten economische groei in de klassieke zin. Maar 'groei' is net als 'vooruitgang' een rekbaar begrip. Inmiddels denken economen ook in termen van duurzaamheid en solidariteit, en de kwaliteit van het leven.²⁴ En waarom zou een meer duurzaam productieproces, of één dat de mensenrechten respecteert, niet als verbetering of vooruitgang mogen worden beschouwd?

De Europese Commissie wijst dit af. Zij is in elk geval sinds 2004 toen zij de teugels aantrok en beleidsregels publiceerde, heel stellig in haar opvatting: beperkingen van de concurrentie kunnen uitsluitend gerechtvaardigd worden door efficiëntieverbeteringen. Die efficiëntieverbeteringen schuilen in verlagingen van de kostprijs, in verbetering van de kwaliteit of in innovaties. Andere doelstellingen die concurrenten nastreven, hoe nobel ook op de langere termijn voor de werkgelegenheid, het milieu, de volksgezondheid of de 'derde wereld', zijn ondergeschikt aan het dogma van 'efficiëntiewinst'.²⁵

De focus op 'efficiëntie' komt voort uit de gedachte dat het mededingingsrecht slechts één doel dient: bescherming van de concurrentie als middel om de welvaart van de consumenten te vergroten. Het maximaleren van welvaart via het streven naar efficiëntie is, volgens sommigen, zelfs de kern van grote delen van al het recht.²⁶ Waar de één spreekt over welvaart in termen van het grootste geluk voor de grootste groep, spreekt de ander

20. De zaak *Meca-Medina* betrof een antidopingregeling van het IOC. Bij arrest van 18 juli 2006 (zaak C-519/04 P) overweegt het Hof van Justitie dat, zo er sprake is van een concurrentiebeperking in de zin van artikel 101(1) VWEU, deze haar rechtvaardiging vindt in een eerlijk verloop van de sportcompetitie, gezondheid en ethische waarden. Aldus valt deze regeling buiten het verbod van artikel 101(1) VWEU. Zo te zien gaat het hier niet om toepassing van de uitzondering van artikel 101(3) VWEU maar essentieel is dat het Hof van Justitie erkent dat andere belangen zwaarder wegen dan 'mededinging', zonder dat aan de orde komt of efficiëntiewinsten zijn behaald. Overigens is er ook iets te zeggen voor de redenering van het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG in deze zaak (T-313/02) – het Gerecht kiest dezelfde insteek als het Hof van Justitie in *Brentjens* (zaak C-115/97), te weten dat een dopingverbod berust op zuiver sportieve overwegingen (Brentjens: collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden) en daarom niet binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt.

21. HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-501/06 P (e.a.), *GlaxoSmithKline/Commissie*.

22. Zie Chr. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing 2009. Townley, met diverse economen, bepleit in essentie het begrip 'beperking van de mededinging' in artikel 101(1) VWEU uit te leggen als (merkbare) beperking van de consumentenwelvaart. In zijn visie spelen in de beoordeling van de toepasselijkheid van lid 1 overwegingen van algemeen belang dan geen rol. Die komen volop aan bod in artikel 101(3) VWEU. Deze discussie voert nu te ver. Voor mij staat centraal dat de 2004 richtsnoeren over de toepassing van artikel 101(3) van het Verdrag, die ook ingaan op de interpretatie van lid 1, in beide leden geen ruimte zien voor publieke belangen die niet ingepast kunnen worden in een beperkt 'efficiëntie' dogma. In die richtsnoeren haalt de Commissie de teugels strak aan waar het gaat om de uitleg van lid 3 – vanaf 2004 heeft zij niet langer het prerogatief over de toepassing van die uitzonderingsbepaling die niet langer voor haar een beleidsinstrument is. Weliswaar worden de teugels van het eerste lid gevierd, maar – zoals gezegd – zonder dat ruimte wordt geschapen voor meeweging van het algemeen belang.

23. In zaak T-528/93 (*Metropole/Commissie*) oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG expliciet dat de Commissie zich ex artikel 101(3) VWEU '.... stellig (kon) baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang'.

24. In dit verband is interessant de jaarlijkse Nederlands-Vlaamse 'Conferentie van Tilburg' die in het teken staat van de omslag naar een 'andere (nieuwe) economie' waar duurzaamheid centraal staat.

25. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101(3) VWEU. Pb. EG 2003, L/1, o.a. paragrafen 33, 43, 50.

26. Economische efficiëntie, en niet de moraal, is in die opvatting dé norm om te bepalen of gedragingen wel of niet verboden zijn. Hierover o.a. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, verwijzend naar de beroemde jurist en rechtseconoom Posner; en J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en Welzijn', *WJB* 2002, p. 606 – de verwijzing trof ik aan in *Waartoe is het recht op aard* door H. Nieuwenhuis, Boom Juridische uitgevers 2006, p. 12. Een instructief overzicht van het onderzoeksgebied van de rechtseconomie geven de (Leidse) rechtseconomen Van Velthoven en Van Wijk in *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007.

over de meest efficiënte oplossing die bepalend moet zijn voor de inhoud van een rechtsregel, *tenzij* – en daar gaat het om – rechtvaardigheid een andere oplossing verlangt.²⁷ Efficiëntie is dus nooit een doel op zich.

De keuze voor ‘efficiëntie’ en ‘consumentenwelvaart’ als enige grond voor een uitzondering op samenwerking tussen concurrenten is een politieke.²⁸ Die keuze is aanvechtbaar. Het mededingingsrecht staat niet op zichzelf. Het is van oudsher een middel, zo heb ik geschetst, om te komen tot een rechtvaardige samenleving. In de EU-Verdragen vormen de mededingingsregels dan ook slechts één bouwsteen om de ultieme doelstellingen van de Europese samenwerking te bereiken. Die doelstellingen liggen op het terrein van vrijheid en democratie, duurzame ontwikkeling van sociale en economische activiteiten, de kwaliteit van het bestaan. De mededingingsregels zijn complementair aan andere spelregels zoals die met betrekking tot het vrij verkeer van goederen en diensten. Werd eerst nog gesproken over een ‘open markteconomie’, nu²⁹ heet het vooral een ‘sociale markteconomie’³⁰, en het beginsel dat de interne markt een regime van onvervalste mededinging omvat, is verbannen naar een Protocol, vooral door de Franse angst dat publieke belangen geofferd zouden worden op het altaar van de vrije markt. Juridisch is er sprake van symboliek – zo’n Protocol heeft dezelfde rechtskracht als een Verdragsbepaling, maar toch...

De Europese Verdragen worden gekleurd door een palet van uiteenlopende belangen. Alles ademt de sfeer van een gemengde economische orde. Van een zuiver vrije markteconomie is geen sprake. Vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschap zien we spanningen tussen door nationale overheden belangrijk geachte bescherming van het algemeen belang en de creatie van één interne markt. In geval van zo’n conflict kunnen zaken als consumentenbescherming, volksgezondheid, veiligheid, energievoorziening prevaleren. Hoewel overheden, als hoeders van het algemeen belang, meer speelruimte toekomt dan het bedrijfsleven, is er geen principiële reden over de toepassing van de mededingingsregels

anders te oordelen.³¹ Dat klemmt te meer nu het nieuwe Verdrag méér dan voorheen de *samenhang* benadrukt tussen de verschillende activiteiten en doelstellingen van de EU – die variëren van de totstandkoming van een interne markt tot dierenwelzijn, cultuur, volksgezondheid en bestrijding van de klimaatverandering. Er is weliswaar geen hiërarchie tussen al die beleidssferen maar evident is dat het mededingingsbeleid rekening moet houden met al die andere doelstellingen.³² Marktwerving is beslist niet superieur aan andere waarden.

‘Efficiëntie’ op korte termijn als *enige* rechtvaardigingsgrond om concurrentiebeperkende samenwerking tussen bedrijven te tolereren is gevaarlijk. De samenleving is niet gebaat bij een efficiënte uitputting van grondstoffen ten behoeve van een consument voor wie prijs nog steeds het belangrijkste criterium is. De efficiëntietoets is trouwens niet eenvoudig toepasbaar. Uit de economische literatuur blijkt dat lang niet altijd duidelijk is over welke welvaartseffecten (welke efficiënties) we het hebben. Deze effecten, hoe ook gedefinieerd, zijn bovendien moeilijk kwantificeerbaar.³³ En ‘hoeveel’ efficiëncywinst is nodig opdat deze zwaarder weegt dan een concurrentiebeperking? Dat zal toch ook van de *aard* van de beperking afhangen. Daarbij komt dat economische aannames en modellen aan verandering onderhevig zijn en dat het voorspellend vermogen zeer beperkt is.

Het is opmerkelijk dat de Europese Commissie in haar beleidsdocumenten wijst op de tekortkomingen van de markteconomie. Zij pleit hartstochtelijk én voor een ‘groene economie’ én voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen³⁴ – zij noemt dit ‘welvaart op langere termijn’,³⁵ tegelijkertijd hangt zij (althans: DG Concurrentie) in het mededingingsrecht economische vooruitgang uitsluitend op aan consumentenwelvaart op korte termijn. Zouden we het begrip ‘consumentenwelvaart’ niet veel breder moeten zien? Zo betoogde president Sarkozy in januari 2010 op het World Economic Forum dat de wereld in de 21e eeuw niet beheerst kan worden door principes uit de 20e eeuw. Hij is niet de enige die pleit voor een breed welvaartsbegrip – welvaart die méér inhoudt dan bevrediging van consumenten met goederen en diensten en die ook voorziet in goe-

27. J.W. Harris, *Legal Philosophies*, hoofdstuk 4, Oxford 1997. Harris behandelt bekende werken van toonaangevende schrijvers als Coase en Posner.

28. De economische wetenschap dicteert die keuze niet. Er bestaat geen eenduidig waardeoordeel over het meest wenselijke model van ordening. De gezamenlijke welvaart van een samenleving is het object van studie van de ‘welvaartseconomie’. Een bron van theorieën – en als niet-econoom onthoud ik mij van bespreking – over de optimale welvaartsverdeling, over modellen van mededinging, over de rol van marktwerking en marktfalen, over overheidsingrijpen en overheidsfalen, en over de vraag hoe verschillende soorten ‘efficiency’-verbetering tot een hogere welvaart van consumenten kunnen leiden. Deze problematiek komt, in een bredere context, veelvuldig aan bod in de recente preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde, *Marktwerking en Publieke Belangen*, 2009.

29. Sinds 1 december 2009, toen het Verdrag van Lissabon in werking trad.

30. Artikel 3 VEU; artikel 119 (in de Titel over Economisch en Monetair Beleid) spreekt nog wel over een ‘open markteconomie met vrije mededinging’.

31. Zie over deze problematiek o.a. K. Mortelmans, ‘Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition’, *CMLR* 2001, p. 613-649. Als struikelblok van convergentie ziet hij het feit dat de uitzonderingen onder het mededingingsrecht geen betrekking kunnen hebben op niet-economische gronden (al neemt hij een verschuiving waar). Blijkens de richtsnoeren uit 2004 deelt de Commissie die opvatting; ik plaats vraagtekens bij de juistheid van die opvatting.

32. In die zin mijns inziens ook: J. Steenbergen, ‘Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon’, *SEW* 2008, p. 143.

33. O.a. J. van Sinderen en R. Kemp, *De welvaartseffecten van mededinging: wie profiteert?*, *Bundel ‘Trust en antitrust’*, NMa 2008.

34. Recent: Commission Staff Working Document: Lisbon Strategy evaluation document, SEC (2010) 114 final. Lezing Commissaris Verheugen ‘Corporate Social Responsibility Essential for Public Trust in Business’ (speech/09/53) – hij bepleit CSR als ‘voluntary concept’, met een rol van de Commissie om e.e.a. te faciliteren.

35. Mededeling van de Commissie betreffende ‘Tenuitvoerlegging van het partnership voor groei en werkgelegenheid – Europa moet een voorbeeld worden op het gebied van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen’, COM (2006) 136 def.

de zorg, veiligheid, schone lucht, armoedebestrijding en zo meer.³⁶

We hoeven geen afstand te doen van marktwerking als leidend orderingsprincipe en evenmin van de efficiëntietoets. Maar waar overheden tekortschieten om oplossingen te vinden voor urgente vraagstukken en bedrijven sectorbreed de handen ineenslaan, is het dan aanvaardbaar dat het mededingingsrecht dit *a priori* blokkeert? Gelet op de oorsprong, ratio en plaats van het mededingingsrecht is zo'n enge uitleg niet nodig. Zelfregulering door het bedrijfsleven is echter niet geliefd bij toezichthouders. Die zijn bevreesd verkapte kartels toe te laten. Samenwerking zal inderdaad proportioneel moeten zijn – het doel heiligt niet alle middelen. Toezichthouders zullen zich ook niet willen mengen in de politiek. Is dat terecht? De Europese Commissie is een lichaam dat op een breed terrein politiek bedrijft. Mededingingsrecht wordt sinds jaar en dag gevormd door orderingsbeleid.

De beoordeling van voor- en nadelen kan uiteraard lastig zijn. Het voordeel voor de 'planet' van een 'maatschappelijk verantwoorde' overeenkomst tussen concurrenten om, bijvoorbeeld, alleen gecertificeerde grondstoffen in te kopen, of om de kosten door te belasten van maatregelen in het kader van dierenwelzijn of milieubeleid. Tegenover het nadeel dat een stuk concurrentie wegvalt. Hoeveel ton reductie van giftige uitstoot rechtvaardigt een prijsverhoging? Geen eenvoudige afweging maar niet *per se* moeilijker dan één die focust op efficiëntiewinst – een begrip dat óók uiteenlopende waardeoordelen en dus onvoorspelbaarheid in zich bergt. Bovendien: dat waarden als welzijn en natuur moeilijk zijn te kwantificeren, is geen reden die waarden te ontkennen. Laten we bovendien niet vergeten dat conflicterende beginselen geen ongewoon verschijnsel zijn in het recht. Het vinden van een balans is de kern van het recht. Het mededingingsrecht vormt hierop geen uitzondering. De rechters van de lidstaten moeten trouwens al zo'n vijftig jaar bij de toepassing van de vrijverkeerregels publieke belangen in de afweging betrekken. En toezichthouders, veelal bestuursorganen, zijn daar evenzeer toe in staat.

Conclusie

De uitdagingen van de komende jaren, een nieuwe visie op marktwerking en groei alsmede de samenhang van beleidsdoeleinden binnen de Europese Unie vragen om een meer genuanceerde benadering. Een benadering die een plaats inruimt voor maatschappelijke belangen. Soms zullen gedragingen noodzakelijk zijn om de markt in stand te houden en is het mededingingsrecht niet toepasselijk. Soms zullen de belangen zwaarder wegen dan de beperking van de mededinging. Zo'n aanpak moge controversieel zijn maar wordt gesteund door de aard en achtergrond van het mededingingsrecht. Ook volgens de

SER, in een op 6 april j.l. gepubliceerd ontwerpadvies over duurzame groei, is er binnen het huidige mededingingsrecht op zich voldoende ruimte voor samenwerking om niet-economische belangen te realiseren.

Een proactieve opstelling van toezichthouders is welkom, zo bepleit ook de SER in zijn ontwerpadvies. *Guidance* is noodzakelijk omdat er sinds de zogenoemde 'modernisering' van het mededingingsrecht veel minder mogelijkheden zijn via individuele beslissingen beleid te maken. De aanstaande herziening van de tien jaar oude zogenoemde 'horizontale richtsnoeren' biedt een uitgelezen kans voor een moderne visie. De vrees is dat die uitblijft. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat de huidige milieuparagraaf zal verdwijnen. Mogelijk onder druk van Amerikaanse belangengroepen³⁷ die vinden dat 'mededinging' en 'milieu' volledig gescheiden moeten blijven. Overigens zal uiteindelijk de Europese rechter het laatste woord hebben, mocht een geschikte zaak zich aandienen.

Zou de Nederlandse toezichthouder (minister van Economische Zaken en NMa) hier een voortrekkersrol willen vervullen? De Algemene Rekenkamer concludeerde, na een onderzoek in 2006, dat de NMa de verhouding tussen economische en niet-economische belangen beter tegenover elkaar zou moeten afwegen. In de NMa-Agenda 2010/2011 zegt de NMa, geparafraseerd, graag publieke belangen, zoals duurzaamheid, doorslaggevend te achten. En, het moet gezegd worden: zij toonde flexibiliteit bij de herstructurering van de garnalensector vanwege de ecologische bijeffecten; en voor recyclingssystemen voor oud papier vanwege het milieu; en voor de sector varkensvlees vanwege de bijdrage die collectief gedrag leverde aan het bevorderen van het dierenwelzijn;³⁸ en voor de 'zorg' bij de fusie van Zeeuwse Ziekenhuizen. Maar toch, steeds in bedekte termen ... In een bijlage bij haar jaarverslag over 2009 schetst de NMa het moeilijke spanningsveld tussen marktwerking en zelfregulering. Zij lijkt ervoor open te staan bepaalde publieke belangen zorgvuldig en kritisch te willen wegen maar er is nog een weg te gaan.³⁹ Het is veel te vroeg om te mogen spreken van een beleid. En zo'n beleid is pas echt effectief als het internationaal navolging vindt.

37. Zoals de American Bar Association (ABA) en de Amerikaanse Kamer van Koophandel (AmCham).

38. Informele zienswijzen resp. 2005 en 2008 (<www.nmanet.nl>); recyclingsystemen: besluit van 10 december 1983.

39. Interessant is het commentaar van Herman Wijffels die, wijzend op de evoluerende omstandigheden, stelt dat de NMa ruimte zou moeten scheppen voor op duurzaamheid gerichte, marktwerking beperkende, vormen van samenwerking, zolang die samenwerking niet oneigenlijk wordt gebruikt ten koste van de consument.

36. Zie ook het in voetnoot 1 genoemde SER-advies.

Redactioneel

Bespiegelingen over mededinging toen en nu*

Een bijzonder perspectief op een interessant tijdperk uit de Europese geschiedenis biedt de grote voorjaars-expositie ‘Venetiaanse en Vlaamse Meesters’ in het Bozar, het Brusselse Paleis voor Schone Kunsten. In het Europa zonder grenzen van de 15e/16e eeuw waren Antwerpen en Venetië, met omliggende gebieden, uitzonderlijk rijke centra van handel, *haute finance* en cultuur. De twee grootste havensteden stonden in intensief contact met elkaar. Zowel locale als van elders (Azië, Engeland) aangevoerde producten werden verhandeld. Men reisde veel, beroepsmatig of voor lering en vermaak.

Het aardige is dat de welvarende middenklasse niet alleen uit andere gebieden afkomstige kunstnijverheidsproducten als bijvoorbeeld textiel, boeken en glas kocht. Er bestond ook een bloeiende ‘internationale’ markt voor schilderijen en prenten. Kunstenaars uit de ene stad kregen opdrachten van verzamelaars uit de andere en zij inspireerden elkaar qua materiaalgebruik, stijl en thematiek. De artistieke as Antwerpen/Venetië, in het verlengde van het handels- en bancaire verkeer, is onderwerp van de tentoonstelling. Dwalend door de zalen van het Bozar vraag je je af hoe de markten werkten in die tijd en vooral waar de welvaart, waarvan een relatief groot deel van de bevolking profiteerde en die zo lang heeft stand gehouden, vandaan kwam. Mij ontbreekt de kennis daar diep op in te gaan maar ik wil toch even stilstaan bij een enkel aspect dat direct raakt aan het thema marktwerving.

Pro's en con's van de gilden

Het – in hedendaagse terminologie: economische, sociale, politieke, culturele en religieuze – leven in de middeleeuwse Nederlanden werd beheerst door het gildensysteem.¹ Een stad als Antwerpen kende meer dan 100 gilden, samenwerkingsverbanden van kooplieden, ‘winkeliers’, producenten, dienstverleners en kunstenaars. Gegroepeerd naar type bedrijvigheid en veelal door de stad begiftigd met privileges, bijvoorbeeld in de vorm van exclusieve rechten. De structuur en *governance* varieerden, afhankelijk van de gebruiken in stad of regio, van de aard en complexiteit van het ambacht of beroep en van de binding met de kerk. Wat dat laatste betreft: de religieuze aspecten overheersten aanvankelijk, zoals het gezamenlijk onderhouden van de kapel van de beschermheilige en het organiseren van processies.

In de late middeleeuwen verstevigt de grip van de lokale overheid – waarvan de notabelen zelf vaak gildelid waren – op het reilen en zeilen van de gilden. De statutaire voorschriften worden aangescherpt. In toenemende mate mogen gilden onder gezag van het stadsbestuur bindende regels vaststellen, een vorm van delegatie van regelgevende bevoegdheid zoals we die ook vandaag de dag nog tegenkomen in bepaalde beroepen. Strakke regulering achtte men nodig om vakmanschap en daarmee de continuïteit van kwalitatief hoogwaardige producten en diensten te waarborgen. De consument profiteerde van de zware opleidingseisen en van de interne controle van producten door keurmeesters; aldus wilde men bedrog en inferieure kwaliteit tegengaan.

Naast de consumentenbescherming was een belangrijke maatschappelijke rol van het gildensysteem gelegen in

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2011, afl. 2, p. 41-44.

1. Jonathan I. Israel, *The Dutch Republic*, Oxford: Clarendon Press 1995; A.C.J. de Vrankrijker, *Mensen, leven en werken in de Gouden Eeuw*, Den Haag: Martinus Nijhof 1981; Joh. de Vries, *De economische achteruitgang der Republiek in de achttiende eeuw*, Leiden: Stenfert Kroese 1968.

wat we vandaag met ‘sociale zekerheid’ aanduiden. Uitkeringen aan zieke en oudere leden, en een weduwpensioen; solidariteit, gefinancierd uit door de gilden beheerde en door de overheid gecontroleerde fondsen. Bovendien zie je dat gilden zich soms bezighielden met ‘collectieve arbeidsvoorwaarden’, normen voor werktijden en geschillenbeslechting.

Al deze regelingen creëerden tot op zekere hoogte een *level playing field* en vervulden, zo is mijn indruk, oorspronkelijk een nuttige functie. Na verloop van tijd gaan evenwel de negatieve kanten van (zelf)regulering zwaarder wegen. Het almaar strakkere keurslijf remde schaalvergroting en innovatie doordat bijvoorbeeld de introductie van nieuwe werktuigen of nieuwe werkmethodes werd tegengehouden. De gedetailleerdheid van de regels, bijvoorbeeld over de samenstelling van producten (vgl. het *Reinheitsgebot*), werkte verstarrend, evenals beslissingen van het branchebestuur over de prijzen. De toetredingsdrempels waren soms hoog: de eis van ‘burgerschap’ of van familiebanden of door de heffing van een aanzienlijk entree – of lidgeld. Overigens, dat de leden van het gilde *gezamenlijk* een monopolie bekleedden voor de uitoefening van een ambacht is niet per definitie negatief – ook binnen een ‘groepsmonopolie’ kan er voldoende concurrentie *tussen* de leden zijn.

De economische regulering *avant la lettre* van hele sectoren door een kongsi van overheid en bedrijfsleven met aanvankelijk grote maatschappelijke voordelen leidde in de loop van de 16e eeuw steeds vaker tot protectionisme. Belangrijk element werd het beschermen van de groep tegen concurrentie van buiten om de prijzen en levensstandaard van de leden door gebrekkige marktwerking op een bepaald niveau te handhaven. Zo noemt Israel het voorbeeld van de bakkersgilden die erin slagen de eigen winstmarge te vergroten door de dalende graanprijzen niet te verwerken in lagere broodprijzen.

Nieuwkomers waren dus gedwongen zich elders te vestigen, of zij moesten binnen de stadsmuren opereren als zwartwerkende beunhazen. Vestigden zij zich in nabijgelegen dorpen op het platteland, dan konden zij van daaruit legaal de stedelijke klandizie bedienen. Deze mobiliteit leidde tot scherpe concurrentie daar de lonen buiten de steden vaak erg laag waren. Kooplieden waren in staat door *outsourcing* de gilden te omzeilen. Kennelijk was het mogelijk producten zeer goedkoop, door uitbuiting van de plattelandsbevolking, buiten de poorten te laten maken en vervolgens in te voeren in de stad. De Vrankrijker schrijft over dit verschijnsel: ‘De na-ijver der steden en de macht van het kapitaal maakte het onmogelijk deze uitbuiting tegen te gaan’. Dat klinkt ook nu vertrouwd in de oren, als men het ‘platteland’ vertaalt naar nieuwe lidstaten en, vooral, ontwikkelingslanden – de excessen van globalisering en ongebreidelde concurrentie zijn moeilijk te bestrijden.

Het vertrek van met de gilden concurrerende ambachtslieden uit de steden naar de dorpen en, bovendien, de opkomst in de 17e eeuw van niet aan enige regelgeving – noch door een centraal gezag (dat sowieso ontbrak) noch door de gilden – onderworpen handel verzwakte de positie van de gilden. Daar kwam nog bij dat er voor

cruciale *nieuwe* vormen van bedrijvigheid samenhangend met de verre scheepvaart, zoals touwslagerij, houtbewerking en de tabak-, glas-, en suikerhandel, überhaupt geen gilden bestonden en aan oprichting kennelijk geen behoefte was. Al deze ontwikkelingen maakten dat het belang van de gilden geleidelijk naar de achtergrond werd verdreven. Een denker als Adam Smith trok in de 18e eeuw fel van leer. Vanuit het perspectief van een rechtvaardige inkomens- en arbeidsverdeling veroordeelt hij het bestaan van gildeachtige structuren. Zelfs de sociale component en de kwaliteitswaarborg zijn, zo stelt hij, onvoldoende reden om ‘brancheafstemming’ aan te moedigen.²

Een Fries kartel

Toevallig kreeg ik een aardige illustratie onder ogen van de verhouding van de gilden eind 16e eeuw tot markt en mededinging.³ De kunstschilder Adriaen van der Linde, geboren in Brugge en overleden in Bolsward, getrouwd met Janneke Farnese (mogelijk familie van de hertog van Parma), raakte in 1595 verzeild in een procedure voor het stadsgerecht in Leeuwarden.

Hij moest, op instigatie van het bestuur van het lokale kistmakersgilde, voortaan zijn panelen en lijsten laten maken bij leden van dit gilde; hij mocht, in beginsel, deze materialen niet invoeren uit Holland. Met dien verstande evenwel dat hij drie panelen in voorraad mocht houden; dit, voor het geval vreemdelingen die tijdelijk in Leeuwarden verbleven snel geportretteerd wilden worden. Bovendien beloofden de Leeuwarder kistenmakers dat zij geen hogere prijzen zouden berekenen dan de prijzen, inbegrepen transportkosten en belastingen, die hun collega's buiten Leeuwarden in rekening brachten. Konden zij dat niet waarmaken, dan stond het Adriaen vrij zijn spullen te kopen waar hij wilde. Een paar jaar later hoeft hij alleen nog maar voor de vervaardiging van *grote* panelen een *right of first refusal* aan het lokale gilde te gunnen. Over een eventueel verschil in kwaliteit wordt niet gerept.

Een arrangement inhoudende het recht voor locale leveranciers om de prijzen aan te passen aan die van de concurrentie zou als ‘toezegging’ vandaag door de NMa vermoedelijk niet geaccepteerd worden vanwege het collectieve karakter en vanwege de prijstransparantie. Maar, zo’n ‘Engelse clause’ als hier kennelijk is overeengekomen, geeft toch blijk van een moderne afweging van economische belangen. Er wordt immers enige ruimte voor vrije handel gelaten; een milde vorm van marktwerking wordt verkozen boven puur protectionisme.

2. A. Smith, *The Wealth of Nations*, Chapter X, Part II, Ban-tam, 2003.

3. D.J. van der Meer, ‘Schilders in Friesland in de 16e eeuw’, *De Vrije Fries* 1964, p. 223 e.v.; met dank aan mr. Menalda. Wat voor soort procedure het hier betrof, is mij niet bekend. Het lijkt erop alsof de gildenregels als het ware ‘algemeen verbindend’ waren verklaard en kracht van wet hadden...

De rol van mededinging(srecht)

Waren de gilden eerst maatschappelijk nuttig, met het veranderen van de politieke opvattingen en de economische ontwikkelingen bleken de middeleeuwse structuren onhoudbaar. Er moesten andere mechanismen komen om kwaliteit te waarborgen, en de zwakkeren tegen uitwassen te beschermen. Maar, zo dunkt mij, het is te gemakkelijk de gilden bij voorbaat af te doen als schadelijke *kartels* die niets goeds hebben gebracht. De welvaart van Antwerpen met zijn 100 gilden toont het tegendeel (er zijn althans voor zo ver ik weet geen aanwijzingen voor een *counterfactual*, voor nog grotere rijkdom zonder gilden...). Opvattingen over markt en mededinging moeten altijd worden geplaatst in de context van tijd en cultuur. Er is geen blauwdruk van welvaart en welzijn die op elk tijdperk en op elke samenleving toepasbaar is.

We zien dat vandaag. Zelfs tussen de EU en de VS bestaan verschillende opvattingen, bijvoorbeeld over de vraag hoe vanuit het mededingingsrecht om te gaan met dominante spelers op dynamische markten – vroeger IBM en Microsoft, nu Intel en Google, en morgen Facebook en de *start-ups* van vandaag. Of neem de (vooralsnog) succesvolle Chinese economie met van overheidswege geautoriseerde kartels. Zo kan het gebeuren dat de Chinese overheid als *amicus curiae* optreedt in een civiele antitrustprocedure in New York tegen Chinese deelnemers aan een Vitamine C productie- en prijsafsprake; als verweer beroept de Chinese overheid zich op de zogenoemde ‘Foreign Sovereign Compulsion Doctrine’ – ’s lands wijs, ’s lands eer...

Maatschappelijk verantwoord concurreren

De bijzondere rol van mededinging en mededingingsrecht in een veranderende samenleving probeerde ik te laten zien in mijn artikel ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’ dat een klein jaar geleden werd gepubliceerd in dit tijdschrift.⁴ Ik betoogde toen dat waardeoordelen over de wenselijke mate van marktwerking in tijd en plaats, en afhankelijk van politieke inzichten, verschillen; en dat dus ook het mededingingsbeleid, als uitvloeisel daarvan en als onderdeel van breder overheidsbeleid, genuanceerd moet worden toegepast. Met name vroeg ik aandacht voor de grote problemen van deze tijd en de nieuwe economische ideeën over welvaart en groei. Dit mondde uit in een pleidooi voor ruimte, *in bepaalde gevallen en binnen bepaalde grenzen*, in het mededingingsrecht voor initiatieven van het bedrijfsleven (variërend van keurmerken en certificering tot handels of productiebeperkingen) op klemmende ter-

reinen als uitputting van grondstoffen, duurzaamheid, lucht- en waterkwaliteit, mensenrechten.

Die gedachtegang vond bijval in *SEW*⁵ maar werd verworpen in het *NJB*⁶. Met een enkel woord wil ik proberen mogelijke misverstanden weg te nemen. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de schrijfster van het *NJB*-artikel *pour besoin de la cause* tegenstellingen creëert die het debat vereenvoudigen maar voorbij gaan aan de kern. Zo is de rode draad in het stuk van Loozen dat mijn redenering erop gericht zou zijn om afspraken die leiden tot ‘vermindering van de consumentenwelvaart’ uit te zonderen van het kartelverbod – niets is minder waar, hoe je het begrip consumentenwelvaart ook definieert; en zo wordt mijn betoog door haar steeds gekwalificeerd als een ‘redelijkheidsbenadering’, een kwalificatie die complimenteus klinkt (men is toch liever redelijk dan onredelijk...) maar dat vermoedelijk niet is. Wat in dit verband precies met een redelijkheidsbenadering wordt bedoeld, blijft in het midden; en zo spreekt de auteur voortdurend over ‘kartels’ en ‘kartelverbod’ en zegt zij dat kartels niet maatschappelijk verantwoord zijn, daarmee suggererend dat ik een pleitbezorger zou zijn van kartels terwijl ik in het artikel juist uitdrukkelijk afstand neem van (verkapte) kartelgedrag.

Hoewel Loozen het een ongelukkig idee vindt in het mededingingsrecht een plaats in te ruimen voor maatschappelijke belangen, erkent zij tegelijkertijd dat maatschappelijke doelstellingen in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU aan de orde kunnen worden gesteld. Maar dat is nu juist wat ik heb proberen te betogen. De echte vraag die ik opwierp – en misschien bestaat daar een verschil van inzicht over, maar dat komt dan niet uit de verf – is de volgende: zouden in die gevallen waar een samenwerking aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 wordt getoetst, begrippen als economische vooruitgang, verbetering van de productie, voordelen voor de consument, niet een meer ‘moderne’ uitleg behoeven? In sommige gevallen kom je overigens niet toe aan de uitzondering van lid 3, namelijk voor zo ver gedrag noodzakelijk is om bedrijvigheid in stand te houden en er, zo stelde ik, geen inbreuk is.

Of er dus werkelijk een verschil van mening bestaat, blijft ongewis. Het commentaar bij het enige praktijkvoorbeeld dat schrijfster noemt doet vermoeden dat het allemaal wel meevalt. Zij bespreekt, nogal tendentius, de zaak van ‘de wasmachinelobby’, die ‘uit puur eigen belang’ overeenkomt de verkoop van niet-energiezuinige wasmachines uit te faseren. De Commissie keurt die afspraak goed omwille van duurzaamheid; ten onrechte volgens Loozen omdat er minder vergaande middelen zijn om hetzelfde doel te bereiken – zoals een gezamenlijk kwaliteitskeurmerk en reclame. Maar dat is een feitelijke kwestie van proportionaliteit, geen principiële afweging over het wel of niet honoreren van belangen op het vlak van energiebesparing en milieu. Niemand zal beweren dat we in het mededingingsrecht het proportio-

4. T.R. Ottervanger, ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’, *M&M* 2010/3, p. 93-100.

5. M.R. Mok, ‘Marktwerking in discussie’, *SEW* 2010, p. 399-403.

6. E. Loozen, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen onder het kartelverbod’, *NJB* 2011 p. 293-298.

naliteitsbeginsel overboord moeten zetten – zoals ik schreef: het doel heiligt niet alle middelen. Proportionaliteit en transparantie zijn belangrijke criteria om ongewenste kartelvorming tegen te gaan.

Tot slot is vermeldenswaard dat de Europese Commissie geen gelegenheid onbenut laat om het belang van maatschappelijk verantwoord ondernemen door het bedrijfsleven te onderstrepen. Zowel in het algemeen als voor individuele sectoren stimuleert zij dit, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot normen voor ‘*clean and energy efficient vehicles*’.⁷ Verder plegen bij de beoordeling van staatssteunmaatregelen allerlei belangen te worden afgewogen tegen mededingingsbelangen. Onlangs publiceerde de Commissie een lijvig handboek over Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden.⁸ Zij hoopt dat ook de private sector hierdoor geïnspireerd raakt. Doel is de bevordering van een Europees model – ‘a vision of society that combines sustainable growth with improved living and working conditions’.

Als op vele beleidsterreinen, ook die welke de werking van markten betreffen, het beleid van de Commissie gericht is op MVO, is het opmerkelijk wanneer diezelfde Commissie terzake van het mededingingsrecht *stricto sensu* geen bereidheid toont zich constructief op te stellen. Er is, zo meen ik, geen reden vast te houden aan een zeer enge uitleg van artikel 101 lid 3.⁹ Zelfs voor de voorstanders van ‘consumentenwelvaart’ als enige mededingingsrechtelijke toetsingsnorm, zou dit acceptabel moeten zijn. Consumentenwelvaart is volgens Loozen immers niet alleen een kwestie van kwantiteit maar ook van kwaliteit en omvat zaken als een schoon milieu en goede gezondheidszorg.¹⁰

§ Mededinging op 26 mei in Den Haag. Het eerste deel van de ochtend zal besteed worden aan een *update* van de kronieken met jaaroverzichten die u aantreft in dit nummer. Dit nummer behandelt de ontwikkelingen in 2010; tijdens het congres zullen de lijnen worden doortrokken aan de hand van een overzicht van gebeurtenissen in de eerste maanden van 2011.

Tot slot

Al jaren is een discussie gaande over de gelijkschakeling van private handhaving van het mededingingsrecht in de nationale rechtssystemen. Recent is er een nieuwe gezamenlijke consultatieronde gestart voor een coherente Europese aanpak op dit gebied waarover elders in dit nummer kort verslag wordt gedaan. ‘Private en publieke handhaving’ is een van de thema’s die aan de orde komen op de tiende – jubileum – conferentie van *Markt*

7. Com. (2010) 186 final.

8. Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, 2010.

9. Hetzelfde geldt overigens voor art. 102. Je kunt je tenminste moeilijk voorstellen dat een toezichthouder of rechter een dominante leverancier zou dwingen zaken te doen met een afnemer die evident maatschappelijk onverantwoord opereert door bijv. kinderarbeid of lozing van giftige stoffen waar dat niet ‘illegaal’ is.

10. Zie in dit verband ook B. Baarsma, *Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging. Een welvaartseconomisch perspectief*, oratie Amsterdam UvA 2010. Voor haar is ‘(...) het doel van mededinging het vergroten van maatschappelijke welvaart of eigenlijk consumentenwelvaart’ en zij vindt het prima dat een kartel wordt goedgekeurd omdat het goed is voor het milieu, mits de zaak bekeken wordt n.a.v. de mededingingsbeperking en niet n.a.v. het milieu probleem (noot 66). Elders meent zij overigens dat aandacht voor publieke belangen zoals het milieu leidt tot vervuiling van het kartelverbod (p. 24).

Signalering

Private handhaving: collectief verhaal*

Al jaren is op communautair niveau de discussie gaande over de modaliteiten van private handhaving van het mededingingsrecht in de nationale rechtssystemen. Concrete resultaten zijn niet geboekt. De weg naar een Europees instrumentarium voor collectief verhaal is grillig. In het redactioneel van eind 2009 (*M&M* 2009/5) is bericht over een ontwerpverordening voorstel over schadeverhaal bij mededingingsinbreuken. Dit voorstel volgde op een groenboek respectievelijk een witboek over dit onderwerp – geflankeerd door een veelheid aan documenten zoals impactstudies. Inmiddels weten we dat het ontwerpvoorstel nooit is ingediend onder meer vanwege de overlap met een ander Commissievoorstel dat betrekking had op collectief verhaal door consumenten. Ook het voorstel voor een collectief consumentenverhaal is daarna overigens van tafel verdwenen.

Recent is er een nieuwe gezamenlijke consultatieronde gestart voor een coherente Europese aanpak op het gebied van collectief verhaal. Het consultatiedocument beoogt een zogeheten horizontale openbare raadpleging – dat wil zeggen dat de consultatie niet is toegespitst op één beleidsterrein (zoals mededinging) maar EU-breed is uitgezet – met als doel de gemeenschappelijke rechtsbeginselen inzake collectief verhaal vast te stellen. Deze – vast te stellen – beginselen zullen vervolgens een leidraad vormen voor eventuele Europese wetgeving. In het consultatiedocument worden overigens al een zestal beginselen genoemd die de Commissie reeds op basis van de eerdere consultaties heeft kunnen vaststellen. Zij hebben betrekking op: (1) een doeltreffend en efficiënt verhaal, (2) het belang van informatie en de rol van vertegenwoordigende organisaties, (3) de noodzaak om rekening te houden met collectieve consensuele afhan-

deling (collectieve schikkingen) als een middel van alternatieve geschillenbeslechting, (4) waarborgen tegen misbruik van procesrecht, (5) financieringsmechanismen voor met name particulieren en het MKB en (6) het belang van een doeltreffende handhaving in de gehele EU. Dit zijn inderdaad de bekende uitgangspunten die ook in de oude consultatiedocumenten voorkwamen. De werkelijke vraag is uiteindelijk hoe vanuit deze ‘beginselen’ te komen tot een acceptabel en bruikbaar Europees collectief verhaal. Met de resultaten van de huidige consultatie hoopt de Commissie daar een stap verder mee te komen.

In het consultatiedocument wordt er maar weer eens nadrukkelijk op gewezen dat bij een Europese aanpak van collectief schadeverhaal alles in het werk wordt gesteld om misbruik van procesrecht te voorkomen. Hiermee wordt geprobeerd de angst weg te nemen voor, kortweg, ‘Amerikaanse toestanden’. Om deze reden mag een Europese aanpak in geen geval een economische stimulans inhouden om misbruik te maken van het (collectieve) vorderingsrecht.

Het consultatiedocument vraagt ook naar voorbeelden in de lidstaten die leerzaam zijn met het oog op een eventueel EU-initiatief op het gebied van collectief verhaal. Vanuit Nederlands perspectief kan hier met name aan de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) worden gedacht op grond waarvan het Hof Amsterdam een schikking algemeen verbindend kan verklaren en benadeelde partijen actief zullen moeten aangegeven dat zij niet gebonden willen zijn (*opt-out*). De Wcam is de laatste jaren zeer succesvol gebleken. Bekende wapenfeiten zijn onder meer de algemeen verbindend verklaarde *Shell*-schikking (Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744) en de recente verbindendverklaring in de *Converium*-zaak waarbij het ging om een schikking tussen twee Zwitserse ondernemingen (Hof Amsterdam 12 november 2010, LJN BO3908). Laatstgenoemde zaak heeft nationaal en internationaal veel aandacht getrok-

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2011, afl. 2, p. 91-92.

ken. Van het succes van de Wcam kan een aantrekkelijke werking uitgaan voor benadeelde partijen om vanuit een Nederlandse stichting te trachten tot een schikking te komen met de schadeveroorzakende partij – ook in mededingingszaken.

In dit verband is van belang dat de Commissie in het consultatiedocument vraagt naar informatie over eventuele moeilijkheden in verband met de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijke recht op het gebied van collectief schadeverhaal in het licht van de huidige verschillen tussen de nationale rechtssystemen. Daarbij wijst de Commissie op de noodzaak om misbruik van procesrecht, waaronder ‘forum shopping’ te vermijden. Zolang er verschillen bestaan tussen de nationale regelingen inzake collectief verhaal zal er aanleiding kunnen zijn voor forum shopping. Als de Commissie dit volledig wil voorkomen dan is de enige mogelijkheid om over te gaan tot een maximumharmonisatie, hetgeen betekent dat het nationale recht geen ruimere mogelijkheden mag bieden voor collectief schadeverhaal. Het is niet gezegd dat de Commissie hierop aanstuurt – de oude voorstellen gingen steeds uit van een minimumharmonisatie – maar de opmerking over forum shopping in de huidige consultatie geeft wel reden om hierop bedacht te zijn. Wordt immers besloten tot een maximumharmonisatie dan kan de Wcam voor gevallen waarop de Europese collectieve verhaalsregeling van toepassing is in de ijskast worden gezet, tenzij de systematiek van de Wcam zou worden overgenomen in de eventuele nieuwe Europese regeling. Dit ligt echter niet direct voor de hand omdat maar weinig landen een collectieve verhaalsmogelijkheid kennen waarbij wordt gewerkt met een ‘opt-out’ (het consultatiedocument noemt naast Nederland, Portugal en Denemarken).

Hoe dan ook is het huidige consultatiedocument in vergelijking met de concrete voorstellen uit de ontwerp-richtlijn schadevergoedingsacties voor mededingingsinbreuken een stap terug in het proces om te komen tot een Europees collectief (schade)verhaal. Er wordt nu een behoedzame koers gevaren waarbij eerst het Europese landschap van collectief verhaal wordt geïnventariseerd. Een tweede stap is dan te komen tot concrete voorstellen op de gebieden waar (meer) collectief verhaal noodzakelijk wordt gevonden, waaronder in ieder geval consumentenrechten en mededingingsrecht. Een eerste teken aan de wand is dat Commissaris Almunia heeft aangegeven dat de aangekondigde voorstellen voor een collectief schadeverhaal bij mededingingsschendingen pas in 2012 kunnen worden verwacht in plaats van eind 2011, zoals eerder nog was aangekondigd.

Redactioneel

Bespiegelingen over mededinging toen en nu (2)*

De eerste redactionele ‘bespiegelingen’, medio vorig jaar, waren historisch geïnspireerd. Beschouwingen over de pro’s en con’s van de middeleeuwse gilden die zorgden voor welvaart en welzijn en een anekdote over private handhaving *avant la lettre*, het geschil tussen een kunstschilder en een kartel van lijstenmakers rond 1600.¹ Doel van die luchtige overdenkingen was het mededingingsrecht in perspectief te plaatsen en te relativeren. Waardeoordelen over de wenselijke mate van marktwerking verschillen immers afhankelijk van economische en politieke inzichten en, mede daardoor, in plaats en tijd.²

Er bestaat geen abstracte economische logica die in elke tijd en in elke maatschappelijke structuur gelijkelijk geldt.³ Ook mededinging is, dunkt mij, ingebed in de maatschappelijke ordening van het moment. In de huidige tijdsgeest die lijkt af te rekenen met neoliberale overtuigingen en die zoekt naar nieuwe waarden zullen we toch ook wat betreft het mededingingsrecht ten minste open moeten staan voor nieuwe inzichten over marktwerking. De rechtszekerheid schrijft niet voor dat normen in beton zijn gegoten.

(Mededingingsrechts)-psychologie

Een internationale bestseller sinds de publicatie vorig jaar is het boek *Thinking, fast and slow* door Daniel Kahneman. Vermaard psycholoog, winnaar van de Nobelprijs voor de economie in 2002, die op een toegankelijke manier voor een breed publiek zijn inzichten deelt in de werking van het denkproces. De vruchten van een leven lang wetenschappelijk onderzoek, met andere psychologen maar ook met economen en juristen, helder beschreven in een leuk en belangrijk boek. Aan de hand van vele voorbeelden laat Kahneman zien welke denksystemen opereren in ons brein. Gemakshalve worden die aangeduid als *systeem 1* – snel, intuïtief, emotioneel, onbewust; en *systeem 2* – bewust, rationeel, traag, weloverwogen.

Systeem 1 is, in de woorden van Kahneman, ‘(...) the origin of much that we do wrong but it is also the origin of most of what we do right (...)’. Het probleem is dat we ons niet bewust zijn van ons besluitvormingsproces en ons niet realiseren dat een ogenschijnlijk verstandige keuze door foute impulsen tot stand kan zijn gekomen. Zo zien we om ons heen overvloedig bewijs van de zogenoemde *planning fallacy*, het fenomeen dat optimisme in de planning van de kosten van projecten *in hindsight* bijna altijd ongefundeerd blijkt. Overschrijdingen, soms enorm, zijn eerder regel dan uitzondering. Of neem de in studies aangetoonde vaak aanwezige, onbewuste, invloed op het denken van aversie tegen verlies of van een voorkeur voor de status quo. Een ander aardig verschijnsel is het *halo effect* – als iemand goed is in iets, nemen we al gauw aan dat hij of zij overal goed in is.

Andere, met prachtige voorbeelden geïllustreerde, waarnemingen betreffen de effecten op het denkproces van

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2012, afl. 5, p. 171-174.

1. *M&M* 2011/2.
2. Uitgebreider hier over: T.R. Ottervanger, ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’, *M&M* 2010/3.
3. Zie de literatuurverwijzingen van Hans Achterhuis, *De Utopie van de vrije markt*, Rotterdam: Lemniscaat 2011, hfdst. 10.

de *confirmatiebias* of *tunnelvisie*, waar systeem 1 tegenargumenten of tegenbewijs ontkent of negeert, en van het zogenoemde *anchoring effect*. Dat laatste verschijnsel doelt op de tendens, met name als het om getallen gaat, om zonder dat men zich daar rekenschap van geeft, aan te haken bij veelal nutteloze referentiepunten. Neem het opmerkelijke geval van twee grote groepen ervaren Duitse rechters die onmiddellijk na het werpen van dobbelstenen een oordeel moesten vellen in een identieke casus van een winkeldiefstal. De uitkomst was dat degenen die een lager getal rolden, significant lager straffen dan degenen die een hoger getal hadden gegooid.

Toevallig publiceerde de Raad voor de Rechtspraak onlangs een artikel getiteld 'Judicial Psychology' van de hand van Jeffrey Rachlinski, psycholoog en jurist en hoogleraar aan Cornell.⁴ Ook de rechterlijke macht valt ten prooi aan denkfouten en vooroordelen. Zoals alle deskundigen zijn rechters trots op hun ervaring, expertise en intuïtie maar het zijn diezelfde eigenschappen die tot systeem 1-oordelen leiden. Complexe besluitvorming en keuzes moeten dus rationeel worden geverifieerd door systeem 2 om ongelukken te voorkomen. De strekking van het artikel, zo meen ik, is dat er geen bezwaar is tegen het gebruiken van intuïtie mits er voldoende waarborgen in de procedure en het proces van besluitvorming zijn opdat een *reality check* plaatsvindt. De spanning tussen de twee systemen is niet zonder belang voor de mededingingspraktijk. De studie van het menselijk gedrag is niet mijn vak maar in het korte bestek van dit redactioneel wil ik een poging doen de brug te slaan naar het procedurele en materiële mededingingsrecht in de hoop dat anderen die daartoe beter gekwalificeerd zijn dit verder willen oppakken met een publicatie in *M&M*.

Handhavingstekorten

In de *eerste* plaats is niets menselijks niet alleen rechters maar ook toezichthouders vreemd. Handhaving van het mededingingsrecht loopt in Nederland, en elders, langs bestuursrechtelijke weg. Bestuurders, politici soms, leggen sancties op. De traditionele argumenten tegen het *alles-in-een-hand-stelsel*, in de Brusselse of in de meer gematigde Haagse vorm, zijn bekend.

De kritiek op dit systeem van handhaving is weliswaar oud maar heeft een nieuwe dimensie gekregen met het stijgen van het niveau van beboeting. Wat, daarenboven, de laatste jaren die *contra*-argumenten nog eens extra gewicht geeft, is de relatieve toename van zaken die geen *hard core* inbreuken betreffen maar waarin desalniettemin zware straffen worden uitgedeeld voor gedrag waarvan het maatschappelijk-schadelijke effect lang niet altijd een gegeven is. Uitwisseling van informatie, een moeilijk grijpbaar begrip, is daarvan een voorbeeld.

Van recente datum zijn ook de persoonlijke boetes en de inzet van ingrijpende formele en informele instrumen-

ten door de toezichthouder om individuen het vuur aan de schenen te leggen. Nieuw is verder het in zijn uitwerking dikwijls perverse clementiebeleid waar confessie een eigen dynamiek creëert. Een voorbeeld van *bias*: ligt er eenmaal zo'n aanvraag, dan is het niet eenvoudig de gedachte overboord te zetten dat hier geheid sprake moet zijn van een kartel. Ontwikkelingen die knagen aan de legitimiteit van het toezicht met name waar, zoals op het niveau van de EU, de controle door de rechter een afstandelijke is. De sluipende criminalisering staat daarbij onder druk door de toenemende invloed van de fundamentele beginselen van het EVRM.

In het voorwoord bij het artikel van Rachlinski wijst professor Rassin op het gevaar van hypothesebevestigend denken met als uitkomst *false positive* conclusies. In de praktijk van het mededingingsrecht hebben we het dan over het risico van tunnelvisie bij toezichthouders in onderzoeken leidend tot boetebeschikkingen. Boven genoemde ontwikkelingen eisen extra waakzaamheid tegen dit risico van *confirmatiebias*.

Herkenbaar voor beoefenaars van de kartelpraktijk is de mindere aandacht voor ontlastend bewijs ten opzichte van de geloofwaardigheid die wordt gehecht aan clementieverklaringen. Evenals het niet als zodanig appreciëren van toevalligheden en de drang bij toezichthouders om causaliteit te zien. Zo is elk contact tussen concurrenten over ontwikkelingen op de markt bij voorbaat verdacht; systeem 1 doet ook hier zijn werk.

Een aanzienlijk kritischer houding – systeem 2 – met name tegenover het gedrag van de clementieaanvragende kroongetuige en de mogelijkheid tot *cross examination* zou de waarheidsvinding ten goede komen.⁵ Vanzelfsprekend zijn de inzichten van Kahneman niet alleen relevant voor het gedrag van de toezichthouder. Zij bieden ook inzichtjes in de psyche die waardevol kunnen zijn voor compliance training, voor optimale afschrikking, en voor de motieven van clementie-aanvragers.

Tot slot *nudging*, het verschijnsel dat (niet alleen bedrijven maar ook in toenemende mate) overheden consumenten of burgers listig aanzetten tot gewenst gedrag, of wel: hoe kun je keuzes subtiel maar effectief sturen, sommigen zouden zeggen 'manipuleren'? Hoe speel je in op voorspelbare irrationaliteit? Dat varieert van methodes om mensen ervoor te laten kiezen orgaandonor te worden (bijvoorbeeld door dit de *default option* te laten zijn bij de aanvraag of verlenging van het rijbewijs) of om mensen zich goed te laten verzekeren, of om zuiniger met energie om te springen (bijvoorbeeld door informatie te verstrekken over het verbruik van de burens in de straat) tot de *labelling* van de verpakking van voedingsmiddelen (bijvoorbeeld van '10% vet' in plaats van '90 % vetvrij').

Over *nudging* gesproken, de NMa en straks de ACM zien zich als holistisch marktmeester met als opdracht markten goed te laten functioneren. Zij willen daartoe

4. *Rechtstreeks* 2012, nr. 2.

5. Het handhavingstekort door toezichthouder en rechter van het Europese kartelrecht is recent bijzonder treffend in kaart gebracht door R. Wesseling en M.H. van der Woude: 'Over de rechtmatigheid en aanvaardbaarheid van de handhaving van het Europese kartelrecht', *SEW* 2012, nr. 5.

de consument aanzetten tot weloverwogen systeem 2-keuzes. Markten zijn evenwel zelden of nooit perfect. Als het al een publieke taak is daar iets aan te doen, dan kun je je afvragen of die opdracht niet eerder thuishoort bij het ministerie dan bij een bestuursorgaan dat specifiek belast is met uitvoering van bijzondere wetgeving. In het VK claimt een door Cameron ingestelde zogenoemde *nudging unit* al honderden miljoenen voor de overheid te hebben verdiend maar dat betreft een breed scala van terreinen en geen mededingingsautoriteit. Met de introductie van de *overstepcoach* die consumenten moet aanzetten tot switchgedrag qua energieleverancier, heeft de NMa een twijfelachtige eerste stap gezet op weg naar zo'n unit. Welke coachingstrajecten volgen? Hypotheken, zorgverzekeraars, deodorant, kroketten, ...?

Een rol voor gedragseconomie?

In de *tweede* plaats spelen de ideeën van Kahneman en zijn collega's om een andere reden een rol in het mededingingsrecht. Kahneman is een van de belangrijkste grondleggers van het vakgebied van de *behavioural economics*. Conventionele economische theorieën zien de mens – en de onderneming, waar uiteindelijk mensen de dienst uitmaken – als rationele, gevoelloze wezens, de *homo economicus*, die streeft naar maximalisatie van nut, of geluk, en winst. Met die kwalificatie wordt geen moreel etiket van *goed* of *kwaad* opgeplakt.

Gedragseconomen, zo begrijp ik, nuanceren deze visie. Zij accepteren dat beslissingen lang niet altijd rationeel zijn maar ingegeven door intuïtie, door sociale en emotionele overwegingen en door een breed scala van door Kahneman uitgewerkte en eerdergenoemde onbewuste invloeden. Een open deur, zou je zeggen. Een klein beetje mensenkennis, of zelfkennis zo je wilt, is voldoende om te weten dat keuzegedrag geïnspireerd kan zijn door altruïsme of egoïsme, door hebzucht, afgunst, begeerte of (andere) stemmingen of doordat men zich bijvoorbeeld niet wil bezighouden met de oude dag in plaats van als een ware *homo economicus* consciëntieus en weloverwogen (systeem 2) te sparen.

De ideeën van Kahneman en andere wetenschappers zijn al tientallen jaren oud. Is het dan niet opmerkelijk dat toch zo lang in hoge mate is vast gehouden aan theorieën over rationeel gedrag waarbij voorspellingen zijn gevangen in traditionele modellen? En dat een crisis nodig was om de ontwikkeling in het denken te versnellen en de relevantie van zowel de onvoorspelbaarheid van gedrag als van moraliteit in de theorie te betrekken? Maar, het valt niet te ontkennen, dit compliceert de zaak wel. Zo is niet evident wat het betekent voor het mededingingsrecht. Concurrentie is een dynamisch spel gespeeld door irrationele mensen, dus het ligt voor de hand dat je op de een of andere manier daar rekening mee moet houden. Toch is het, zeker voor een niet-ingevoerde, verre van eenvoudig de relevantie van de gedragseconomie voor de mededingingspraktijk *in con-*

creto naar waarde te schatten. Er woedt een fel debat tussen voor- en tegenstanders van erkenning van die relevantie en de wijze waarop die gestalte moet krijgen.

In de Verenigde Staten ziet men het als, alweer, een 'school', in navolging van die van de Ordo-Liberale, Harvard, Chicago, Neo-Harvard, Post-Chicago en Neo-Chicago. Misschien heb ik iets gemist maar, en dit even terzijde, het valt elke keer weer op dat de debatten in de Verenigde Staten, anders dan je in zo'n casuïstische rechtscultuur zou verwachten, zo weinig concreet zijn. Die scholen richten zich vooral op het 'hoe' – met welke theoretische modellen meet je of een gedraging anticoncurrentieel is? Het gaat dus vooral over de invulling en mate van voorspelbaarheid van de methode en veel minder over nut en noodzaak van de verbodsnorm zelf.

In de Amerikaanse literatuur wordt gesuggereerd dat de gedragseconomie gevolgen heeft voor het mededingingsrecht op terreinen als verticale prijsbinding, koppelverkoop, en vooral de concentratietoets.⁶ Mij dunkt dat het in veel gevallen voor het beoordelen van *switching gedrag* van consumenten en dus voor de markt-afbakening relevant kan zijn. Eigenlijk zouden alle modellen die preferenties van consumenten analyseren aanpassing behoeven als er reden is om aan te nemen dat systeem 1-overwegingen eerder dan systeem 2-overwegingen een rol spelen in de keuze voor het ene of het andere product. Maar *hoe* dat dan zou moeten, daar hopen we bij gelegenheid een bijdrage over te mogen publiceren.

De wel eens geopperde gedachte dat deze stroming tot *meer* interventie zal leiden vind ik moeilijk te plaatsen. Wel is het zo dat als de toezichthouder dieper inzicht heeft in de werking van het consumentenbrein en hoe dit zich laat verleiden tot aankoopgedrag waar bedrijven, en dus ook dominante bedrijven, dankbaar op in kunnen spelen, er eerder sprake zou kunnen zijn van *exclusionary* of *exploitative* misbruik.

Mededinging vs. andere publieke belangen

Evenzeer is echter pleitbaar dat de invloed van de gedragseconomie juist tot *minder* interventie zou behoren te leiden in die gevallen waar we accepteren dat mensen niet uitsluitend gedreven worden door egoïsme. Voor het Amerikaanse recht suggereert Huffman in het geval van niet-economische motieven een empirische *rule of reason test* voor gedrag dat normaal onder de *per se test* verboden zou zijn.

Dominante spelers als de spreekwoordelijke fietsenmaker of huisarts op de Waddeneilanden zullen heus andere overwegingen (systeem 1 of systeem 2) dan puur winstbejag in hun marktgedrag laten meewegen. En

6. Max Huffman, 'Marrying Neo-Chicago with Behavioural Antitrust', *Antitrust Law Journal* 2012/1. E.M. Bailey, 'Behavioral Economics, Implications for Antitrust practitioners', *The Antitrust Source* (<www.antitrustsource.com>), June 2010.

waarom zou wat in het klein geldt niet ook in het groot kunnen gelden? Waarom zou zelfs de mogelijkheid van altruïstisch gedrag bij ondernemingen reeds bij voorbaat moeten worden uitgesloten? De realiteit van vandaag is dat allerlei maatschappelijke motieven zwaar kunnen wegen in de bedrijfsvoering niet alleen van ‘maatschappelijke ondernemingen’ op het gebied van onderwijs of zorg, maar ook bij ‘gewone’ ondernemingen die door *stakeholders* daartoe uitgenodigd maatschappelijk verantwoord willen ondernemen.

Duurzaamheid is één aspect daarvan. Kern van het probleem, zoals ik eerder in *M&M* signaleerde, is dat er voor de uitputting van gemeenschappelijke hulpbronnen voor individueel gewin – bekend als de *tragedy of the commons* – eenvoudigweg geen internationale regels bestaan laat staan toezicht. Dit is de grootste uitdaging van onze tijd.

Het is toe te juichen dat NMa-voorzitter Chris Fontein in zijn speech op het mededingingscongres van begin oktober in Scheveningen heeft aangegeven dat de wet mogelijkheden biedt aan het bedrijfsleven om op dit terrein samen te werken. Vanzelfsprekend mag het niet om verkapte kartelvorming gaan en moet de samenwerking, voor zover deze überhaupt significante gevolgen heeft voor de concurrentie, noodzakelijk en proportioneel zijn.

Er is geen reden te veronderstellen dat voor andere maatschappelijke belangen dan duurzaamheid niet hetzelfde zou kunnen gelden. Het mededingingsrecht biedt daartoe de ruimte naar tekst en strekking, er zijn precedents en, *last but not least*, op het niveau van de EU noopt het verdrag net als in het staatsteun- en aanbestedingsrecht zelfs tot het in acht nemen van andere belangen gelet op de samenhang tussen de verschillende doelstellingen van de verdragen.

In hun artikel in het vorige nummer van *M&M* – ‘Mededingingsbeleid en publieke belangen: een economisch perspectief’ – komen De Bijl en Van Dijk tot de conclusie dat het meewegen van bredere publieke belangen dan alleen het borgen van concurrentie een interessant idee is maar dat de implementatie problematisch is. Het wordt namelijk complex, minder eenduidig en grilliger en creëert onzekerheid en daarom raden zij het af. Hun bezwaren zijn dus niet politiek-economisch of principieel van aard. Weliswaar suggereren zij dat elke maatregel die andere publieke belangen dan het mededingingsbelang dient tot een prijsverhoging leidt, maar dat is helemaal geen automatisme. Evenmin zijn hun bezwaren juridisch onderbouwd want aan lid 1 komen zij niet toe en met betrekking tot de uitzondering van lid 3 stellen zij eenvoudig dat slechts bepaalde publieke belangen, zoals proces- en productinnovaties, zich lenen voor acceptatie als efficiëntieverbetering onder dit lid 3. Andere belangen laten zich volgens de auteurs niet meewegen. Zij gaan er dan gemakshalve aan voorbij dat lid 3 niet *per se* uitsluitend over efficiënties gaat.

Op de keper beschouwd is hun probleem dat economen alle belangen precies willen kwantificeren. Niet-kwantificeerbare zaken – die zullen er toch altijd zijn – hebben

geen betekenis. Zij gaan eraan voorbij dat voor juristen – en we hebben het hier over een bestaand regime van mededingingsrecht – belangenafweging ook van niet-evident waardeerbare zaken een weliswaar niet altijd eenvoudige maar wel vertrouwde bezigheid is waar begrippen als noodzakelijkheid en evenredigheid een belangrijke rol spelen. We zien dat op alle rechtsgebieden, inbegrepen het Europese recht. En het recht ontwikkelt zich via casuïstiek die ons precedents biedt en ons leert hoe in een bepaald geval het ene belang gelet op de omstandigheden kan prevaleren boven een ander belang.

Het enkele gegeven dat het dikwijls complex is publieke belangen te kwantificeren en af te zetten tegen een eveneens moeilijk kwantificeerbaar mededingingsbelang overtuigt dus geenszins als argument om maatschappelijk relevante belangen per definitie grotendeels buiten het mededingingsrecht te plaatsen.

Redactioneel

Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)*

De eerste twee afleveringen¹ van dit redactionele drieluik bevatten overdenkingen over de rol van mededinging en mededingingsrecht in historisch perspectief. Waardeoordelen, politiek gekleurd zonder mee te waaien met de waan van de dag, over de wenselijke mate van marktwerking en daarmee de invulling van het mededingingsbeleid zijn afhankelijk van inzichten die plaats- en tijdgebonden zijn, zo werd betoogd. Het aardige van het mededingingsrecht is dat de normen niet in beton zijn gegoten. Het gaat uiteindelijk om publiek recht dat ontworpen is om publieke belangen te dienen. Vanuit die optiek is het toe te juichen dat ACM (heel) voorzichtige stapjes zet om meer ruimte te bieden voor zaken als duurzaamheid. Je kunt de ogen niet sluiten voor vraagstukken van deze tijd waarvoor de oplossing van het bedrijfsleven moet komen, soms in de vorm van sectoriële samenwerking. Een onderwerp dat al veel aandacht kreeg in *M&M* en ook in dit nummer, in de vorm van een 'naschrift' in reactie op een eerder artikel.

Angelsaksische tijdschriften, ook op het gebied van het mededingingsrecht, besteden van tijd tot tijd aandacht aan historische gebeurtenissen, zoals de totstandkoming van belangrijke wetgeving, of de publicatie van een invloedrijk gebleken artikel of de achtergronden van een oude, baanbrekende rechterlijke uitspraak. Zulke reflecties geven een beter inzicht in de veranderende rol van dit rechtsgebied. Het vermelden waard in dat verband is de bijdrage vorig jaar in de *Antitrust Law Journal* getiteld: 'Learned Hand, *Alcoa*, and the Reluctant Application of the Sherman Act'.²

Antitrust: 'economic nonsense'

Alcoa, de aluminiumproducent, is vanaf de introductie van de Sherman Act vele malen voorwerp van onderzoek geweest, verdacht alleen al van vanwege haar omvang en marktmacht, als een Microsoft in het vorige decennium en een Google vandaag de dag. Een van die procedures, onder Sections 1 en 2 van de Sherman Act, eindigde in 1941 in eerste aanleg in het voordeel van *Alcoa* met een vonnis waarvan alleen al het voorlezen van de verkorte versie negen dagen in beslag nam. Een beroep op de Supreme Court bleek niet mogelijk omdat een *quorum* ontbrak: vier hoogste rechters waren gediskwalificeerd wegens eerdere betrokkenheid bij zaken tegen *Alcoa*. Via gelegenheidswetgeving werd een panel van drie rechters in het leven geroepen dat als college in plaats van de Supreme Court recht moest spreken. Een van die rechters was de bij leven al legendarische Learned Hand (en een ander zijn neef Augustus Hand). Op 12 maart 1945 deed dit panel uitspraak in een uitvoerig gemotiveerd vonnis dat een nieuw licht werpt op het Amerikaanse mededingingsrecht van die tijd. Later is deze uitspraak op meerdere punten met instemming geciteerd door de Supreme Court. *Alcoa* werd schuldig bevonden aan schending van Section 2: *monopolization*. In de eerste plaats werd vastgesteld dat *Alcoa monopoly power* bezat, waartoe allerlei vragen van marktafbakening moesten worden opgelost. In de tweede plaats werd beslist dat er sprake was van een *abuse* enkel en alleen

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2014, afl. 3, p. 75-78.

1. *M&M* 2010/3 en *M&M* 2012/5.

2. M. Wineman en W. Kovacic, vol. 79, issue 1, p. 295-347.

omdat Alcoa zou anticiperen op een toename van de vraag naar aluminium en daartoe vroegtijdig investeerde in *uitbreiding* van de productiecapaciteit, met als gevolg dat andere bedrijven de markt niet rendabel konden betreden; een vorm van uitsluitingsgedrag. Die uitspraak past in een politieke geïnspireerde visie dat marktmacht en efficiëntie niet goed samengaan en dat het mededingingsrecht er vooral op is gericht bedrijven, groot en klein, een gelijkwaardige positie te geven en *entry barriers* te vuur en te zwaard te bestrijden. Opmerkelijk is overigens dat het college een standpunt inneemt dat lijnrecht staat tegenover dat van de vervolgende overheid: de aanklager voerde namelijk aan dat Alcoa de Sherman Act schond *niet* door capaciteit *uit te breiden* maar juist door capaciteit te *beperken*.

De precedentwaarde van de *Alcoa*-uitspraak is inmiddels goeddeels achterhaald maar wat de zaak interessant maakt, is de uitvoerig gedocumenteerde worsteling met de gepercipieerde *ratio* van de antitrustwetgeving. De persoonlijke opvattingen van Hand over wat wenselijk is, zo blijkt uit de vrijgegeven interne notities van het panel en de onderlinge correspondentie, stonden op gespannen voet met hetgeen werd beschouwd als de *rationale* van de Sherman Act. Al in het begin van de 20e eeuw had de ook politiek actieve Learned Hand de toen nog jonge antitrustwetgeving afgedaan als '*economic nonsense*'. De antitrustrechtspraak van de Supreme Court deed hij in 1945 in een notitie tijdens de beraadslagingen in de *Alcoa*-zaak af als '*incredible nonsense*'. Privé vond het panel de zaak die de overheid tegen Alcoa had aangespannen ronduit vervelend, tijdrovend (46.000 pagina's dossier) en het verkeerde middel om complexe bedrijfseconomische fenomenen aan te pakken. Schrijvend in de derde persoon ('*many people believe*'; '*some think*'; '*Congress intended*') voelden zij zich echter verplicht de wet loyaal toe te passen zoals die volgens hen oorspronkelijk bedoeld was. Aldus besloten zij gedrag te veroordelen hoewel dat gedrag *prima facie* efficiënt leek en er geen aanwijzingen waren dat de prijs werd opgedreven.

Jubileum: vijftig jaar

De rechtspraak over het Europese mededingingsrecht kent ook legio iconische zaken, zij het minder spannend en speels geformuleerd dan Amerikaanse rechterlijke uitspraken. Een sobere toon, strakke opbouw, wat houterige vertalingen, weinig aandacht voor de subtiliteit van het feitencomplex, geen *dissenting opinions* en geen toegang tot interne notities en correspondentie van de leden van het college. Maar wel, zij het minder uitgesponnen en minder afgewogen, een speurtocht naar de *ratio* van de regels. Een klassiek voorbeeld is de allereerste mededingingsbeschikking van de Commissie die dateert van vijftig jaar geleden: de zaak *Grundig-Con-*

sten,³ een zaak die van enorme betekenis is voor de ontwikkeling van het mededingingsrecht. De Commissie verbood een alleenverkoopovereenkomst en weigerde een ontheffing te verlenen. Een kleine twee jaar later stelde het Hof van Justitie⁴ de Commissie grotendeels in het gelijk.

Het *Grundig*-arrest was een van de 'slechts' 24 uitspraken van het Hof van Justitie in 1966, hetgeen schril afsteekt tegen de ruim 600 arresten van het Hof van Justitie en 700 van het Gerecht in 2013, waarvan zo'n 10 procent respectievelijk 20 procent handelend over mededinging (inclusief staatssteun).⁵ Het arrest beslechtte allerlei verschillen in interpretatie óók tussen lidstaten en de Commissie en deed veel stof opwaaien. De uitspraak is leidend gebleken voor de toepasselijkheid van het 'kartelverbod' op verticale relaties, voor de relevantie van '*interbrand*' versus '*intra-brand*' concurrentie, voor de uitleg van het begrip 'ongunstige beïnvloeding van de handel', voor de reikwijdte van de nietigheidssanctie. En, *last but not least*, voor de ruimte die de rechter laat aan de Commissie bij de toetsing van 'ingewikkelde vragen van economische aard', een nog steeds omstreden kwestie, temeer nu de hoogte van de boetes noopt tot grondige controle door de rechter van het onderzoek en de analyse van de Commissie; in *Grundig* was geen boete opgelegd en in die tijd stond vooral de toetsing aan de ontheffingsvoorwaarden van lid 3 centraal. De huidige Verordening 2010/330/EU 'Verticalen' is tot dit arrest te herleiden.

De procedure was het gevolg van een klacht ingediend door een parallelimporteur op 5 maart 1962, slechts twee weken na het in werking treden van de uitvoeringsverordening waarmee de voorloper van artikel 101 volledige rechtskracht kreeg. Centraal stond de vraag of toelaatbaar is een systeem van absolute gebiedsbescherming, waarbij het handelaren in andere gebieden wordt verboden uit te voeren naar het gebied dat door de fabrikant (*in casu* Grundig, Duitsland) aan een alleenverkoper (*in casu* Consten, Frankrijk) is toegewezen. Deze problematiek had prioriteit in de eerste fase van het mededingingsbeleid van de Commissie omdat deze contracten zeer frequent voorkwamen in het economisch

3. Beschikking Commissie 23 september 1964, zaak 2545/64, *Grundig-Consten*, Pb. EG 1964.
4. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56-64 en 58-64, *Consten en Grundig/Commissie*, Jur. 1966, p. 00429; als advocaten waren betrokken de maîtres Lasser en Collin, de grondleggers van de Lique Internationale du droit de la Concurrence waaruit later de Vereniging voor Mededingingsrecht is ontsproten en in zekere zin ook dit tijdschrift.
5. Cijfers ontleend aan het rapport van het Hof van Justitie over 2013. De aantallen zaken zijn verontrustend, evenals de reactie van de colleges om toch vooral de snelheid en efficiency te vergroten. Dat betekent minder gelegenheid tot het indienen van schriftelijke stukken, druk op de omvang van de stukken, geen mondelinge zitting enz. Het vinden van een balans tussen efficiënte productie en kwaliteit is in de rechtspraak een lastige opgave. Voor het mededingingsrecht is interessant dat in 2013 in de 32 beroepszaken in kartelzaken, slechts twee beroepen geheel of ten dele zijn gehonoreerd (tegen 18 beroepen op een totaal van 96 arresten in alle overige beroepszaken). Tot slot, voor de cijferfetisjisten is het aardig te vermelden dat sinds 1952 buiten het Bundesfinanzhof (295) en het Bundesgerichtshof (184) de meeste prejudiciële arresten afkomstig zijn van de Hoge Raad (239) en het CBB (148).

leven en tot een stroom van dossiers leidden en omdat dit type contracten de totstandkoming van één geïntegreerde markt ernstig belemmerden. Isolering van de nationale markt, zo is de gedachte, leidt bij ontbreken van parallelimporten al gauw tot te hoge prijzen.

Frappant is dat de advocaat-generaal, Roemer, het op veel punten oneens was met dit eerste publieke optreden van de Commissie. In het licht van de verwarring die de laatste jaren⁶ (opnieuw) is ontstaan over het merkbaarheidsvereiste in het geval van strekkingsbedingen, is aardig te zien hoe men een halve eeuw geleden (ook al) worstelde met deze problematiek. Zo betoogt de advocaat-generaal dat de Commissie niet consequent is: je kunt volgens hem niet stellen dat voor toepassing van het kartelverbod de concurrentieverhoudingen ‘merkbaar’ moeten zijn geschaad en tegelijkertijd afzien van concreet marktonderzoek. Het is zijns inziens niet zinvol het kartelverbod alleen toe te passen op grond van theoretische overwegingen op gevallen waar nauwelijks sprake is van enige belemmering van de mededinging.

Het Hof van Justitie maakt hier heel korte metten mee, met een *sweeping statement*: de concrete gevolgen doen niet ter zake zodra een overeenkomst tot doel heeft de concurrentie te beperken. Dat die beperking zich wellicht nooit heeft gemanifesteerd of dat die beperking, zou die zich manifesteren, geen merkbare invloed zou hebben, is irrelevant. Tot op de dag van vandaag een curieus aan het ordoliberalen gedachtegoed ontsproten trekje van het mededingingsrecht dat een enkel plan, zonder zelfs maar een begin van uitvoering, tot strafbaarheid kan leiden. Los van dit punt lag de betekenis van *Grundig*, toen, vooral in de door de Duitse regering bestreden toepassing van het mededingingsrecht op verticale relaties en in de toepassing op overeenkomsten die mogelijk tot een, zelfs aanzienlijke, *toename* (en dus *prima facie* niet tot een ‘ongunstige’ invloed) van de interstatelijke handel leiden.

En dat alles, in lijn met de Amerikaanse *Alcoa*-uitspraak, expliciet op grond van een teleologische verdragsinterpretatie: het mededingingsrecht, zo overweegt het Hof van Justitie, is erop gericht te voorkomen dat schade wordt toegebracht aan de meest elementaire doelstelling van het Verdrag, te weten het opheffen van handelsbelemmeringen tussen lidstaten. Marktintegratie, een grotere thuismarkt met *economies of scale*, als hoogste doel, anders dan bevordering van de consumentenwelvaart. Andere valabele overwegingen die dit gedrag mogelijk zouden kunnen rechtvaardigen, moeten daarvoor wijken. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vrijheid van een producent van merkproducten – die géén machtspositie heeft en die *interbrand* hevig concurreert met andere leveranciers – om naar eigen strategisch goeddunken zijn marketing en distributiesysteem in te richten en door gebiedsbescherming *free rides* en schade aan het imago van het merk wil voorkomen.

Online consumenten

Lange tijd was het relatief rustig rond parallelhandel, uitgezonderd zaken in markten waar sowieso nog geen geïntegreerde markt tot stand is gebracht zoals de auto- en farma-industrie.⁷ Repressie was lange tijd primair voorbehouden voor kartelzaken, de laatste jaren vooral aan het licht gekomen dankzij het clementiebeleid waarover columnist Snoep in dit nummer behartenswaardige opmerkingen maakt. Maar sinds enige tijd is de toepassing van het mededingingsrecht op gebiedsafscherming weer helemaal terug door een ontwikkeling die vijftig jaar geleden volledig onvoorstelbaar was, te weten het *internet*. Een ontwikkeling die, net als in de *Grundig*-jaren, spanning oproept tussen *interbrand* en *intra-brand* concurrentie, tussen aan de ene kant de vrijheid je eigen verkoopnetwerk naar eigen goeddunken efficiënt in te richten en aan de andere kant het publieke belang van de interne markt.

Toonaangevend is hier het prejudiciële arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* uit 2011.⁸ Een zaak met een lange voor- en nageschiedenis die draait rond de toelaatbaarheid van een contractsbepaling in een selectieve distributieovereenkomst inhoudende dat de lichaamsverzorgingsproducten vanwege de geclaimde behoefte aan deskundige voorlichting uitsluitend mogen worden verkocht in een fysieke ruimte. Online verkoop en parallelhandel waren daarmee uit den boze.

Het Hof van Justitie stelt zich eerst de vraag of er sprake is van een overeenkomst die naar haar strekking de mededinging beperkt. Of de bepaling in kwestie kwalificeert als een strekkingsbeding hangt, zo brengt het Hof van Justitie in herinnering, af van tekst en context van die bepaling. Selectieve distributiestelsels zijn, hoewel zij de mededinging beperken, in beginsel aanvaardbaar mits gerechtvaardigd door objectieve en uniforme criteria, een soort *rule of reason*, al mogen we dat in Europa niet zo noemen. Of ook de betreffende clausule legitiem is, wordt overgelaten aan de nationale rechter. Veel speelruimte krijgt die niet: er is volgens het Hof van Justitie sprake van een strekkingsbeding indien de clausule niet objectief gerechtvaardigd is en rechtvaardiging lijkt *in casu* uitgesloten omdat voorlichting in een fysieke ruimte niet strikt noodzakelijk is bij receptvrije producten en omdat imagobescherming onvoldoende is als argument. Op de groepsvrijstelling ‘Verticalen’ kon geen beroep worden gedaan: een clausule die *de facto* gebruik van internet verbiedt als verkoopmethode strekt tot beperking van passieve verkopen aan consumenten die zich buiten het gebied bevinden van het lid van het selectieve distributiestelsel. Aldus impliceert zo’n bepaling een *hard core* restrictie.

6. Vrij recent HvJ EU 13 december 2013, zaak C-226/11, *Expedia/Autorité de la Concurrence*, n.n.g., en HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz*, n.n.g.

7. Over ‘verticale’ kwesties wordt wel veel geprocedeerd maar dan gaat het niet zozeer om parallelhandel noch om boetes (maar om civiele zaken): zie bijvoorbeeld de bespreking van diverse procedures over exclusieve afnamecontracten in de Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2013, *M&M* 2014/2.

8. HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, *Jur.* 2011, p. I-09419.

De aversie van het Hof van Justitie is, net als in het *Grundig*-tijdperk, *principieel* van aard en niet gebaseerd op een *nota bene* door het Hof van Justitie zelf bepleite analyse van de economische context. In deze zaak heeft Pierre Fabre een relatief laag – 20 procent – marktaandeel, heeft zij vele duizenden verkooppunten en bestaat er een bijzonder levendige *interbrand* concurrentie. Is een restrictie dan werkelijk problematisch? Is er niet juist bij nieuwe verkoopmethoden en verticale restricties waarvan algemeen onderkend wordt dat zij (niet alleen nadelen maar ook) voordelen meebrengen, alle reden voor een analyse van de dynamiek op de markt in plaats van de standaardbenadering uit de beginjaren van de Unie?

Er zijn natuurlijk meer issues als het gaat om internet als verkoopmedium. Zo lopen in meerdere landen onderzoeken naar *dual pricing*, waar de prijs die een detaillist aan een leverancier betaalt afhankelijk is van de vraag of het product via het internet of in de *brick and mortar* winkel wordt verkocht. Discriminatie ten nadele van online transacties is volgens de Commissie een *hard core* beperking, maar een beloning voor *offline* inspanningen en wellicht andere varianten zoals kortingstelsels kunnen onder omstandigheden wél gerechtvaardigd zijn. Dan zijn er de zaken, aanhangig in meerdere jurisdicties, over de toelaatbaarheid van beperkingen van verkoop via online platforms als Amazon en eBay en van verticale afspraken tussen hotels en online reisbureaus, zoals Booking.com en Expedia. Onder de kop 'Apple's APPA' bespreken Visser en Winters door een economische bril in dit nummer de complexe problematiek van 'Across-Platforms Parity Agreements', aan de hand van de *Apple iBookstore*-casus die onderwerp is van verschillende onderzoeken. Zij concluderen dat in geval van verticale online restricties die een procompetitief doel dienen zorgvuldig moet worden nagegaan of ze ook zódanig anticompetitief zijn dat een verbod gerechtvaardigd is. Niet elke belemmering van *free rides*, veelal geïntroduceerd ter bescherming van investeringen, is schadelijk.

De 'online consument' staat als thema voorop in de presentatie eerder dit jaar door ACM van de zes thema's die de komende tijd de bijzondere aandacht van de toezichthouder zullen hebben. Als mededingingsjurist die ACM beschouwt als opvolger van de NMa verwacht je dat dit thema ziet op de actuele problematiek die ik zojuist kort besprak. Niets lijkt minder waar. Waar we, aldus ACM, aan moeten denken is het misbruik van persoonsgegevens door *apps* en websites, aan onvoorziene kosten van mobiel internet enzovoort. De zorg voor een veilig internet behoort echter primair toe aan andere toezichthouders. De andere thema's stellen ook wat teleur: stimuleren van investeringen in (energie- en telecom)netwerken en van overstappen in zorg en energie. Het mededingingsrecht speelt een ondergeschikte rol, namelijk op deelterreinen als *bid rigging* bij publieke aanbestedingen en samenwerking tussen zorgaanbieders. De Britse toezichthouder op mededinging en consumentenbescherming, de *Competition and Markets Authority* – CMA – die begin april van start ging, presenteert

een heel ander beeld: fusiecontrole en kartelrecht staan voorop. ACM en CMA, het lijken afkortingen van eenzelfde naam, de volgorde slechts anders vanwege het taalverschil. De tijd zal het leren, maar op dit moment is niet zonder betekenis dat wél in de UK maar níet bij ons de C voor Concurrentie staat.

Dit nummer biedt een ongekennde variëteit aan onderwerpen, alle bestreken door het overkappende thema markt en mededinging. Maar liefst drie bijdragen zijn geschreven door economen, waarvan een, hierboven nog niet genoemd, door Boone, Halbersma en Sauter, op het terrein van staatssteun. De annotaties behandelen concentratiecontrole, inspectiebevoegdheden en 'de redelijke termijn'. Wij hopen dat u van deze volle fruitmand zult genieten.

Redactioneel

Innovatie*

In 1812 publiceerde Colonel John Stevens, advocaat én uitvinder in New York, de studie *‘Documents tending to prove the superior advantages of railways and steam carriages over canal navigation’*. Een paar decennia later opereerden in de VS honderden private, soms gesubsidieerde, meestal lokale spoorwegmaatschappijen. De versnippering leidde al gauw tot allerlei vormen van samenwerking of fusie en tot standaardisering van afmetingen en type rails en locomotief. Omvang en kapitaal van de bedrijven groeiden snel vanwege de noodzakelijke investeringen in transcontinentale lijnen. De industriële revolutie in Amerika in de tweede helft van de 19e eeuw hield gelijke tred met de ontwikkeling van de spoorwegen. De keerzijde was dat de bedrijvigheid in het hele land in hoge mate afhankelijk werd van de spoorwegmonopolies: de toeleveranciers van materieel nodig voor de rails, de stations, de locomotieven, de treinstellen; de bankiers op Wall Street; de boeren in de Midwest voor de bereikbaarheid van hun afzetgebieden; en al degenen die in het ‘Wilde Westen’ woon- en werkgemeenschappen uit de grond stampten. Koper, staal, ijzer, glas, gereedschappen, geld, machines, hout, olie, landbouwproducten.....De kleinere klanten van de spoorwegen moesten excessieve transporttarieven betalen; hun grote concurrenten daarentegen, vaak gelieerd aan de spoorwegen via familieholdings en ‘trusts’, profiteerden van hoge kortingen.

De roep om regulering van de monopolies en van de stapsgewijze concentratie van macht door pooling, joint ventures en fusies leidde eerst tot sectorspecifieke wetgeving en toezicht op tarieven en speelde korte tijd later een rol bij de introductie van de Sherman Act (1890). Veel van de eerste antitrust-arresten van de Supreme

Court betreffen de spoorwegen en lezen als een geschiedenis over de ontwikkeling van de VS. Zo is *US vs. Terminal Railroad Association* (1912) ingegeven door de topografische situatie in het door de Mississippi, de rivier waar de stad haar welvaart aan dankte, doorsneden St. Louis. Met industriële bedrijvigheid op beide oevers werd de rivier ineens een probleem met de opkomst van de spoorwegen: tientallen lijnen van even zo vele maatschappijen hadden namelijk hun eindstation op industrieterreinen aan verschillende zijden van de rivier terwijl de twee bruggen en de veerdienst in handen waren van een joint venture van (slechts) een veertiental maatschappijen. Om een lang verhaal kort te maken: de Supreme Court oordeelde dat vanwege *efficiencies* de vorming van de joint venture op zich niet in strijd was met de Sherman Act maar dat de statutaire besluitvorming zodanig moest worden ingericht dat ‘niet-leden’ de faciliteiten (bruggen, veer) konden gebruiken op redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Een eerste toepassing *avant la lettre* van én de *essential facilities* én de FRAND-doctrine.

Vanwaar deze inleiding? Omdat de ‘uitvinding’ van de (stoom)trein de meest belangwekkende en, gedurende meer dan honderd jaren, de meest invloedrijke technologische innovatie is na die van de boekdrukkunst. De ‘nieuwe economie’ stelde nieuwe eisen aan het reguleringskader. Het is vandaag niet langer de macht van de spoorwegen, uitgehold door truck, containers, luchtvaart, maar het zijn andere uitdagingen op het terrein van innovatie en mededinging die zich aandienen.

Mededinging is een complex fenomeen. Evident is dat bedrijven een concurrentievoordeel willen verwerven door een nieuwe markt te betreden, efficiënter te produceren, een veiliger product te lanceren of een nieuwe marketingstrategie te introduceren. Innovatie als gevolg dus van een open, concurrentiële omgeving. Dit proces verloopt meestal stapsgewijs – succesvolle bedrijven zijn conservatief – en leidt zelden tot een grote technologi-

* Deze bijdrage is verschenen in *M&M* 2016, afl. 1, p. 1-3.

sche doorbraak. Er zijn echter ook stemmen die, in navolging van Schumpeter, vinden dat niet concurrentie maar marktmacht innovatie bevordert: bedrijven met een sterke positie zijn op zoek naar de beloning die verdere versteviging van die positie oplevert. Tegelijk zien we óók dat baanbrekende innovaties hun eigen dynamiek kennen en dikwijls helemaal níét het gevolg zijn van concurrentie en evenmin van marktmacht: dat geldt voor de spoorwegen en de luchtvaart, de gloeilamp en de videorecorder, voor TomTom, Google, Booking.com, Uber, en vele andere bedrijven en vindingen. Technologie speelde altijd al een rol in het mededingingsrecht. Diegenen die al wat langer meelopen, herinneren zich de opwinding onder mededingingsjuristen over de gepercipieerde spanning tussen enerzijds de rechten van intellectuele eigendom en anderzijds de beginselen van het mededingingsrecht. Zeker sinds het Hof van Justitie in de *landmark*-uitspraak *Consten en Grundig* vaststelde dat verticale overeenkomsten onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU kunnen vallen en dat het gebruik van nationale intellectuele-eigendomsrechten kan bijdragen aan verdragsrechtelijk ongewenste afscherming van markten. Veel beschikkingen, arresten, bekendmakingen en groepsvrijstellingsverordeningen later is het evenwel niet langer zo dat elke technologie licentie met argwaan wordt bekeken enkel en alleen omdat intellectuele-eigendomsrechten een vorm van exclusiviteit bieden. Integendeel, vandaag de dag is aanvaard dat beide disciplines, mededingingsrecht en het recht van intellectuele eigendom, elk vanuit hun eigen rationale, een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van nieuwe technologie, meer keuze en betere producten tegen lagere prijzen. Octrooiverlening is een *incentive* voor innovatie en verspreiding van kennis.

Toch staat het probleem van gebiedsafscherming, de spanning tussen de vrijheid een verkoopnetwerk naar eigen goeddunken in te richten en het publieke belang van de interne markt, weer hoog op de agenda door de opkomst van nieuwe technologieën en nieuwe verkoopmethoden: het *internet* en *e-commerce*. Het Hof van Justitie verbood – in de *Pierre Fabre*-zaak – een *clause de facto* gebruik van internet verbiedt als verkoopmethode omdat die strekt tot beperking van passieve verkopen en een *hard core* restrictie impliceert. Een belangrijk onderdeel van de in mei 2015 gelanceerde *Digital Single Market* strategie van de Commissie is gericht op betere intracommunautaire *online* toegang tot producten en diensten. In het verlengde daarvan opende DG COMP een sectoronderzoek naar vooral verticale restricties in de grensoverschrijdende handel via het internet. Of het opheffen van contractuele belemmeringen tot een grote vlucht zal leiden van aankopen in andere landen, zoals de Commissie hoopt, lijkt mij twijfelachtig. Intussen is met name het Bundeskartellamt actief op het terrein van *e-commerce* maar dit optreden betreft níét primair grensoverschrijdende handel. In verschillende zaken toonde het BKA, zonder de nuances van de Amerikaanse rechtspraak en het visiedocument van ACM, zich mordicus tegen verticale prijsbinding die mede *online* en *offline* verkopen gelijkstelde; in lijn met de Verticale Richt-

snoeren zijn slechts in het geval van selectieve distributie verkoopbeperkingen toelaatbaar. Eveneens trad het BKA op tegen platforms voor hotelboekingen (HRS, Expedia, Booking.com) die hotels verboden op concurrerende boekingsites of de eigen site goedkopere aanbiedingen te doen.

Maar er zijn meer mededingingsrechtelijke vraagstukken verbonden aan innovatie. In concentratiezaken waakt de Commissie erover dat een fusie geen negatief effect heeft op de ontwikkeling van nieuwe of verbeterde producten zoals recent weer bleek in de farmaceutische sector (*Pfizer/Hospira*; *Novartis/GSK*). Omgekeerd zal een fusie die evident innovatie en efficiëntie bevordert, welwillend worden beoordeeld. Nog een ander aspect: een golf procedures in de VS en de EU gaat over de rol van het mededingingsrecht bij de beslechting van geschillen over de licentieverlening van zogenoemde *Standard Essential Patents* (SEP's) op zogenoemde FRAND-voorwaarden. Waardevol in dit verband is het vorig jaar gewezen *Huawei*-arrest waar het Hof van Justitie een balans moest vinden tussen enerzijds de bescherming van de belangen van de innoverende octrooihouder en anderzijds de beginselen van het mededingingsrecht, *in casu* artikel 102 VWEU.

Meest actueel op dit moment is de vraag hoe om te gaan met 'digitale ondernemingen' die *internet platforms* exploiteren: een website of app die een intermediair-functie vervult tussen kopers en verkopers. De ontwrichtende effecten op bestaande markten zijn van een andere orde dan de gevolgen van al langer bestaande plekken waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten: de vee-markt, de veiling, de onroerendgoedmakelaar en zelfs de elektronische B2B-markten die in het begin van de eeuw vragen opriepen over informatie-uitwisseling. Platforms als Uber, Airbnb, Amazon.com, eBay, de zogenoemde Fintechs (als Bunq en Google Wallet), booking sites voor hotels, concerten enzovoort, verlagen transactiekosten, zijn efficiënt en bevorderen de kwaliteit maar roepen vragen op over marktmacht als gevolg van *first mover's* voordelen, netwerkeffecten en de beschikking over commercieel waardevolle databestanden. Zijn die zorgen over marktmacht terecht en is het mededingingsrecht – kartelrecht/misbruik van machtspositie (EU) of *monopolization* (VS) – het aangewezen instrument om die zorgen weg te nemen?

Regulering, waar nodig sectorspecifiek, is geschikt voor dataprotectie en 'klassieke' consumentenbescherming maar gezien de traagheid in het licht van de snelheid van technologische ontwikkelingen niet voor gedrags- en prijstoezicht. Toepassing van misbruikbepalingen is lastig: hoe stel je vast wanneer unilateraal gedrag van bedrijven die door innovatie de gunst van de consument en een stevige positie hebben verworven omslaat in misbruik? En op welke markt? In de VS zijn er nauwelijks zaken en in de EU laat het voortslepende onderzoek naar Google en de druk van lidstaten en het EP op de Commissie, zelf *au fond* een politiek orgaan, zien dat effectief optreden tegen succesvolle platforms geen *sine cure* is. Het succes van ontwrichtende technologieën is overigens veelal maar tijdelijk; tegenkrachten plegen

zich aan te dienen. In dit verband is het wel zinvol dat gelet wordt op artificiële *entry barriers*: exclusiviteits- en 'beste prijs'-bedingen, of het nu gaat om taxichauffeurs of hotels, moeten van geval tot geval kritisch onder de kartelbepalingen worden beoordeeld; hetzelfde geldt mogelijk voor de zogenoemde *Big Data*, naar de betekenis waarvan toezichthouders in Engeland, Frankrijk en Duitsland nu onderzoek doen, al is de vraag hoe je dit fenomeen onder het mededingingsrecht aanpakt.

Dit alles is, volgens Davos 2016, onderdeel van de 'Vierde Industriële Revolutie': *what's in a name*, maar het gaat over innovatie op gebieden als genetica (CRISPR, uit het niets, zo lijkt het, nu een *hot topic*), kunstmatige intelligentie (van zelfbestuurde auto's tot vermogensbeheer), robots, e-health/thuisdiagnosis, 3D-printing, kleinschalige energieopwekking, de deeleconomie, niet aangestuurd door multinationale ondernemingen maar flexibel en lokaal, efficiënt, dicht bij de gebruiker. De tijd van honderd jaar durende spoorwegmonopolies is voorbij en terughoudendheid is geboden bij het toepassen op succesvolle innovatieve bedrijven van de *essential facilities* doctrine. Een uitdaging voor toezichthouders op een moment dat als gevolg van de veranderende aard van veel producten, razendsnelle innovatie, transparantie, moderne managementtechnieken én managers, strenge interne compliance, de klassieke kartels uit beeld raken, al is geen enkele vorm van (economisch) delict volledig uit te roeien. De mededingingspraktijk zal als de voortekenen niet bedriegen een ander karakter krijgen.

